UNIVERSIDAD NACIONAL
MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

TALLER DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

"Dr. JOSÉ MATÍAS MANZANILLA"
(Resolución Decanal Nº 667-D-FD-2006)

REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Año III Lima, diciembre 2016 Nº 3

Ciudad Universitaria de San Marcos - Lima - Perú

interiores imprenta.indb 1 06/06/2017 06:37:38 a.m.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2014-13219

ISSN 2414-3022

Editado por: Gersón Merma Abad

500 ejemplares

Diseño y diagramación: mdisgraf

Impreso en:
RP Servicios Gráficos E.I.R.L.
Calle Teodoro Cárdenas 620, Santa Beatriz-Lima
Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita del editor.
Lima-Perú, diciembre 2016

Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social-UNMSM

Taller de Investigación de Derecho del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social "Dr. Jose Matias Manzanilla"

Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Decano: Dr. German Small Arana

Miembros Honorários

Dr. Rodolfo Capón Filas (Argentina)
Dr. Domingos Savio Zainaghi (Brasil)
Dra. Martha Monsalve Cuellar (Colombia)
Dr. Martin Fajardo Crivillero (Perú)
Dr. Teodosio A. Palomino (Perú)
Dr. Jesús Cruz Villalón (España)
Dr. Carlos Manuel Palomeque López (España)
Dr. Francisco Pérez Amorós (España)
Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno (México)
Dr. Michele Tiraboschi (Italia)

Comité Consultivo

Dr. Francisco Javier Romero Montes
Dr. Leopoldo Gamarra Vilchez
Dr. Francisco Gómez Valdez
Dr. Simeón Huancahuari Flores
Dr. Eduardo Marcos Rueda
Dr. Roberto Rendón Vásquez
Dr. Omar Toledo Toribio

Comité Directivo

Alumn. Max Henry Chauca Salas
Alumn. Carmen Cesia Álvarez Cano
Alumn. Luis Alberto Quintana García
Alumn. Carlos Villar Salcedo
Alumn. Renato Porras Nicho
Alumn. David Camarena Calero
Abog. Gersón Merma Abad
Abog. Luis Alberto Serrano Díaz

Comité de Impresión

Mag. Eleana Rodríguez Castillo
Lic. Natividad Laguna Bohórquez
Abog. Nilton Macedo Sánchez
Abog. Rosa Janet Merma Túpac
Abog. Jesús Rodríguez Chunga
Abog. Milagros Morales Yauri

Miembros del Taller Manzanilla

Miembro Honorario: Dr. Luis Aparicio Valdez(+)
Docente Asesor: Dr. Francisco Javier Romero Montes
Coord. Gral.: Alumn. Max Henry Chauca Salas
Alumn. Carmen Cesia Álvarez Cano
Alumn. Tania Guadalupe Huapaya Chávez
Alumn. Carlos Villar Salcedo
Alumn. Luis Alberto Quintana García
Alumn. Renato Porras Nicho
Alumn. David Camarena Calero
Abog. Cinthia Grace Baquerizo Rojas
Mag. Eleana Rodríguez Castillo
Abog. Gersón Merma Abad
Abog. Luis Serrano Díaz
Abog. Christian Tamayo Melgar

Índice

Presentación..... 7

Editorial..... 9

- Forjadores del derecho social: Luis Miró Quesada de la Guerra
  Gersón Merma Abad (Perú)..... 10
- Ordenamiento jurídico, intereses sociales, valoraciones
  y dogmática (sobre la interpretación del precepto jurídico laboral)

  Alfonso Hernández Molina (Chile) 27
- El derecho del trabajo como relaciones sociales de producción:
  herramientas de interpretación y lucha ante el estado de crisis actual
  Luis Alberto Quintana García (Perú)..... 45
- Los origenes del derecho al salario mínimo y su recepción en el Perú
  Max Henry Chauca Salas (Perú) 66
- Derecho a la formación de los trabajadores: un derecho siempre
  actual y un reto de futuro
  Francisco Pérez Amorós (España) 80
- Derechos sociales o revolución
  Jorge Rendón Vásquez (Perú)..... 94
- La importancia de los derechos sociales en la consolidación del
  sistema capitalista en la Argentina de hoy
  Jorge Luis Bastons (Argentina)..... 104
- Conciliación familiar y normas del trabajo
  Martha Elisa Monsalve Cuéllar (Colombia)..... 110
- Breves reflexiones sobre el derecho a la desconexión laboral: Una
  mirada al caso francés
  Eleana Rodríguez Castillo (Perú)..... 121
- El régimen de los trabajadores por cuenta propia en la República
  Argentina. Los trabajadores autónomos y los de cooperativas de
  producción y servicios
  Adriana Micale (Argentina)..... 130
- El Convenio 189 de la OIT sobre trabajadores domésticos: ventajas
  y desventajas de su ratificación (Caso Guatemala)
  Augusto Valenzuela Herrera (Guatemala) 152

- La reforma laboral pendiente
  Luis Alberto Huancapaza Condori (Perú)..... 162
- El sindicalismo y la negociación colectiva en argentina. Fragmentación del colectivo laboral y representación unificada en la empresa
  Jorge Luis Elizondo (Argentina)..... 171
- Los derechos colectivos en la ley del servicio civil
  Francisco Javier Romero Montes (Perú) 183
- La negociación colectiva como estrategia del paso de la confrontación al diálogo social
  Leopoldo Gamarra Vílchez (Perú) 198
- Negociación colectiva por rama de actividad y empresas MYPES
  David Camarena Calero (Perú)..... 217
- Aplicación del principio protector en el proceso laboral
  Domingos Savio Zainaghi (Brasil)..... 229
- A propósito de la aclaración del Precedente Huatuco en la sentencia Exp. N° 06681-2013-PA/TC ¿qué entienden los magistrados del TC por “carrera administrativa”?
  Cinthia Grace Baquerizo Rojas (Perú)..... 235
- Los derechos fundamentales dentro de la competencia del procedimiento laboral
  Francisco Gómez Valdez (Perú) 249
- La seguridad y salud en el trabajo en el Perú
  Luis Serrano Díaz (Perú) 263
- La ley del descanso: la inseguridad en la aplicabilidad
  Carla Rita Bracchi Silveira (Brasil) / Catia Santos Souza(Brasil)..... 290
- El concepto de solidaridad en los tiempos actuales
  Eduardo Marcos Rueda (Perú) 301

PRESENTACIÓN

En mi calidad de Docente Asesor del Taller de Investigación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, "José Matías Manzanilla" de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tengo la enorme satisfacción de presentar el tercer número de la Revista de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, que se publica anualmente.

La presente publicación tiene el mérito de difundir trabajos de investigación que han elaborado los estudiantes que son miembros del Taller, así como sus docentes y abogados jóvenes que continúan en esa tarea; es decir, se trata de una nueva generación de jóvenes estudiosos del derecho del trabajo y de la seguridad social. Ahí están sus nombres formando parte del Comité Directivo del Taller o participando en la publicación de sus investigaciones, como son Luis Alberto Quintana García, quien analiza el tema de la crisis del derecho del trabajo ante las relaciones sociales actuales; Max Henry Chauca Salas, estudiante del sexto año de derecho, que enfoca el tema del salario mínimo y su recepción en el Perú; Abogados como Luis Alberto Huancapaza, a quien le preocupa la reforma laboral pendiente; Cinthia Grace Baquerizo Rojas que analiza un caso de la jurisprudencia peruana; Luis Serrano Díaz que aborda el tema de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

La publicación, materia de esta presentación, se enorgullece de incluir trabajos elaborados por ilustres estudiosos extranjeros como son Alfonso Hernández Molina, de nacionalidad Chilena, que en esta ocasión nos entrega un trabajo sobre el Ordenamiento Jurídico, Intereses sociales, valoraciones y Dogmática; Francisco Pérez Amorós, ilustre maestro de la Universidad de Barcelona, que analiza el tema sobre la formación de los trabajadores; Jorge Luis Bastons, profesor de la Universidad de la Plata, que se ocupa de la importancia de los derechos sociales en el sistema capitalista argentino; Martha Elisa Monsalve Cuéllar, Profesora de la Universidad de la Gran Colombia, que en esta oportunidad se ocupa de la Conciliación familiar y normas del trabajo; Adriana Micale, profesora de la Universidad de

interiores imprenta.indb 7 06/06/2017 06:37:39 a.m.

Buenos Aires, que aborda el tema de los trabajadores por cuenta propia; Augusto Valenzuela Herrera de la Universidad de Guatemala, quien se refiere al Convenio 189 de la OIT; Jorge Luis Elizondo, de la Universidad de Rosario Argentina, quien trata sobre el sindicalismo y la negociación colectiva; Domingo Savio Zainaghi, Doctor y Maestro en Derecho de la Universidad Católica de Sao Paulo, que analiza el principio protector en el Proceso Laboral y Carla Rita Bracchi Silvera, quien se ocupa de la Ley del Descanso.

No podemos dar por terminada esta presentación sin referirnos a los ilustres tratadistas peruanos, cuyas publicaciones aparecen en este número, como son Gersón Merma Abad, gran impulsor de las publicaciones del Taller, que en esta ocasión aborda un tema histórico sobre los derechos sociales; Jorge Rendón Vásquez, ilustre y destacado profesor emérito sanmarquino, que se refiere al antagonismo entre revolución socialista y derechos sociales; Eleana Rodríguez Castillo, docente de la Universidad Privada del Norte, que analiza la desconexión laboral que se presenta en el derecho francés; Francisco Javier Romero Montes, profesor principal sanmarquino que se ocupa de los servidores públicos y sus derechos colectivos; Leopoldo Gamarra Vílchez, que hace un estudio sobre la negociación colectiva; Francisco Gómez Valdez, que aborda los derechos fundamentales dentro de la competencia procesal y Eduardo Marcos Rueda que se refiere al tema de la solidaridad en los tiempos actuales.

Lima, Abril del año 2017

Francisco Javier Romero Montes
Asesor del Taller "José Matías Manzanilla"

interiores imprenta.indb 8 06/06/2017 06:37:39 a.m.

EDITORIAL

En esta ocasión el Taller de Investigación de Derecho del Trabajo y Seguridad Social "Dr. José Matías Manzanilla" de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se complace en presentar el tercer número de la Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social correspondiente al año 2016.

Muchos vientos han pasado desde la fundación del Taller en julio de 2005, sin embargo, el Taller Manzanilla, ha continuado su ya largo camino trazado, respecto al compromiso con la investigación científica-social, su fructífera producción jurídica reflejada en la edición de su revista y su extensión social referida a la difusión y capacitación del derecho social a la comunidad, además del trabajo de proyección social que realizamos desde nuestra universidad.

El Taller Manzanilla cuenta entre sus integrantes con abogados, bachilleres y estudiantes de post grado y pre grado que continúan preservando la tradición de nuestra histórica Escuela Sanmarquina del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, sello que nos caracteriza como órgano académico representativo del Derecho Social de nuestra universidad.

Tenemos la intensión que la presente obra sirva para que el pensamiento, los principios y fundamentos que ella contiene, los cuales seguimos, sean un aporte hacia la realización más noble de la justicia, la justicia social en nuestro país.

Ciudad Universitaria de San Marcos, abril de 2017

Comité Directivo de la Revista del Taller Manzanilla

interiores imprenta.indb 9 06/06/2017 06:37:39 a.m.

FORJADORES DEL DERECHO SOCIAL: LUIS MIRÓ QUESADA DE LA GUERRA

Gersón Merma Abad[1]
(Perú)

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Antecedentes históricos de la legislación social en aquellos tiempos. III.- Precursor de la reforma social en el Perú. IV.- La obra de Luis Miró Quesada de la Guerra. V.- La Teoría del Riesgo Profesional. VI.- Consideraciones finales.

ABSTRACT: El aporte de Luis Miró Quesada de la Guerra en la formación del derecho social en el Perú desde los albores de la reforma social, sus antecedentes, luchas en el Parlamento y legado histórico de su obra socio laboral.

KEYWORDS: Luis Miró Quesada de la Guerra -derecho social- legislación laboral-teoría del riesgo profesional.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por finalidad dar a conocer el aporte y obra jurídico socio- laboral de Luis Miró Quesada de la Guerra, las condiciones y el entorno en la cual promovió tal novísima legislación social en el Perú.

Luis Joaquín Miró Quesada de la Guerra nació el 5 de diciembre de 1880 en Lima, época ominosa del país en plena ocupación militar, las secuelas de la misma forjarán

(1) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima

interiores imprenta.indb 10 06/06/2017 06:37:39 a.m.

en esa generación naciente el "Alma Nacional", es decir un país de ciudadanos que aspiran hacer una patria mejor para las nuevas generaciones.

Su inquietud por los problemas socio laborales la inicia siendo estudiante (1898) en la Universidad Mayor de San Marcos(2), de ella datan sus estudios referidos a la cuestión social en la antigua Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas y de Jurisprudencia (Derecho).

En 1909 el Consejo Universitario presidido por el Rector le encomendó la responsabilidad de aperturar el año académico al entonces ya joven catedrático Miró Quesada, en la cual en su Discurso de Orden, aquel señala la necesidad de un cambio a través de la universidad:

> ***"¡Alma nacional! ¡He aquí lo que nos falta y lo que nuestra universidad debe aspirar a darnos! Educar ha de ser, para ella, transmitir a las generaciones jóvenes: comunidad de ideales para el bien público; altos y vigorosos sentimientos de amor hacia el país en que han nacido; fe enérgica y fecunda en el porvenir de la patria"(3).***

Miró Quesada vislumbra el papel histórico de la universidad y el compromiso que aquella tiene en el futuro del país:

> ***"La misión de la universidad no debe quedar limitada a los estrechos marcos de su claustro. La universidad debe proyectarse, vigorosa, a la sociedad. (…) Con la extensión, sale la universidad del marco estrecho del aislamiento egoísta, para difundir en la colectividad la luz de sus doctrinas y el calor de sus ideales"(4).***

Fue asimismo, Parlamentario por Tumbes y Lima de 1906 hasta 1912, época virtuosa de la naciente legislación social peruana donde junto al más reluciente jurisconsulto de la época –Manzanilla– en la Cámara de Diputados defendió los intereses de los más desprotegidos. A su vez Miró Quesada desde su tribuna del diario "El Comercio", batalló en favor de la aprobación de las normas protectoras.

De ahí es que va consolidándose ese espíritu patriótico que guiará toda su vida, cuya principal preocupación se centrará en los grandes problemas nacionales,

---

(2) A decir del ilustre maestro sanmarquino Dr. Luis Aparicio Valdez: ¿Qué fue lo que motivó al joven Luis Miro Quesada a tomar esta iniciativa? El mismo lo explicaría más tarde en su libro «Albores de la Reforma Social en el Perú»: «tenía entonces 19 años, pero la madurez que nos daba la vida austera llevada en un país empobrecido y la seria dedicación al estudio, explican la formación espiritual de la mayor parte de los jóvenes, alejados de la peligrosa frivolidad de los pocos años y capaces de preocuparse por los grandes problemas humanos». En SEMBLANZA: LUIS MIRÓ QUESADA DE LA GUERRA, Luis Aparicio Valdez, I Congreso de la SPDTSS, Lima, 2004, pág. 519.

(3) MIRÓ QUESADA de la Guerra, Luis: Discurso de Orden en la apertura del año universitario en la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1909.

(4) Luis Miro Quesada. Ofrenda Jubilar, Lima, Imprenta del diario El Comercio, 1953, Tomo I.

interiores imprenta.indb 11 06/06/2017 06:37:39 a.m.

interesándose desde sus primeros momentos por el conflicto entre el capital y el trabajo, dándole también un espacio muy importante a la libertad.

> ***"He creído y sigo creyendo que no es preciso sacrificar la libertad para realizar el progreso; sino que más bien la libre discusión y el respeto a la persona humana, hacen grandes a los pueblos. Es este el progreso que anhelo para mi patria"(5).***

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LEGISLACIÓN SOCIAL DE AQUELLOS TIEMPOS EN EL PERÚ

Ni las variaciones económicas, ni las protestas sociales son fenómenos permanentes y exclusivos de nuestra época actual. Ellas se circunscriben coyuntural y socialmente de acuerdo al periodo u etapa histórica del desarrollo social en la cual se encuentre cada país.

Así pues, a mediados del siglo XIX y a finales del mismo, nuestro país tuvo varias "crisis orgánicas"(6) las que se manifiestan también con crisis económicas y protestas populares, según el historiador sanmarquino Wilfredo Kapsoli Escudero, quien expresa que ***"ellas se han manifestado en ciertas coyunturas y contextos del pasado, con regularidades y niveles francamente sorprendentes"(7).***

Desde esas épocas el germen de la concientización de los derechos de los trabajadores se inicia comenzando con un proceso de protestas por las precarias condiciones de trabajo en la que se encontraban expuestos, las cuales en aquellas épocas todavía no se hallaban debidamente reguladas en el derecho positivo: trabajadores negros(8), coolíes chinos y campesinos yanaconas son entre los primeros en mostrar esa inquietud social, seguirían luego los artesanos (encabezados por los carpinteros y los herreros)(9), anarquistas y trabajadores mineros, entre otros grupos primarios de organización de los trabajadores.

---

(5) La Agonía de un Diario. Artículo de la revista OIGA, Lima, XII N° 537, 1973, pág. 10.

(6) Crisis Orgánica, desde la perspectiva gramsciana se entiende a «la detención momentánea de la evolución de la clase progresiva, en el sentido de que ya ésta no hace avanzar realmente la sociedad como un todo, satisfaciendo no sólo las exigencias de su propia existencia, sino ampliando sin cesar sus propios cuadros, con vistas a la toma de posesión continua de nuevas esferas de actividad económico-productiva". PORTELLLI Hugues, Gramsci y el Bloque Histórico, Siglo XXI Editores, 22 Edición, México, 2003, pág. 121.

(7) KAPSOLI Escudero, Wilfredo, Los Movimientos Populares en el Perú, En Historia del Perú. Procesos e Instituciones, Editorial Juan Mejía Baca, Lima, 1985, Tomo XII, pág. 117.

(8) "A pesar de que el 3 de diciembre de 1854 Ramón Castilla había decretado la abolición de la esclavitud, las relaciones de producción esclavistas continuaron subsistiendo en Chincha, pero de una manera disfrazada, inclusive hasta los primeros años del presente siglo". SOTOMAYOR Roggero, Carmela y ARANDA de los Ríos, Ramón, Sublevación de Campesinos Negros en Chincha 1879, Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979, pág. 28.

(9) Los artesanos de Lima y Callao en los sucesos del 21 y 22 de diciembre de 1858 destruyeron las puertas y ventanas importadas para el ferrocarril de Lima a Chorrillos. A los gritos de ¡Viva el pueblo! ¡Viva el pueblo! procedieron a arrojar los destrozos al mar.

interiores imprenta.indb 12 06/06/2017 06:37:39 a.m.

Tal era el panorama socio laboral en el país de esas épocas, a decir del "Historiador de la Republica" el gran maestro sanmarquino Jorge Basadre, los grupos organizados de trabajadores eran muy incipientes en ese entonces:

> ***"En 1,859 no había en Lima sino una fábrica de hilados y otra de papel, de poca magnitud. La Estadística de Lima daba las siguientes cifras en relación con los principales artesanos: Carpinteros, 1,098; carpinteros aprendices, 601; herreros, 209; herreros aprendices, 96; sastres, 1,742; zapateros, 1,595. Eran 5,341, mientras los que no tenían oficio llegaban a una cifra mayor, 5,531. El gremio de aguadores no pasaba los 348 miembros, a pesar de que más de 10,000 casas de la ciudad (entre 11,280 existentes) no habían sido beneficiadas con contratos para llevar el agua por medio de cañerías"[10].***

Como se ve, por los antecedentes que hemos visto, a principios del siglo XX la lucha contra las injusticias socio laborales estaba todavía en sus comienzos en el Perú. Fue entonces que desde los claustros universitarios se desarrolló la necesidad imperiosa y urgente de introducir primero en la legislación industrial disposiciones de defensa a favor de los trabajadores, y fue un estudiante de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, quien en 1900, año vital, inició su campaña a favor del proletariado: Luis Miró Quesada de la Guerra[11].

III. PRECURSOR DE LA REFORMA SOCIAL EN EL PERÚ

Siendo estudiante universitario, se entrega al estudio de la problemática socio-económica y divulga en el país las modernas doctrinas del naciente derecho laboral, persistiendo luego en su campaña en favor del proletariado desde el Parlamento hasta lograr que la nueva conciencia conduzca, entre otras, a la aprobación de la ley de accidentes de trabajo, de la cual es legítimo precursor y coautor en el Congreso con la otra gran lumbrera del derecho social en el país, José Matías Manzanilla, a través de sus decisivas intervenciones en el Parlamento[12].

Luis Miro Quesada de la Guerra investiga con profundidad aspectos esenciales de la cuestión social en el Perú, anticipándose a otros pensadores latinoamericanos al abordar no solamente su importancia sino desarrollar enfoques clarísimos respecto a la naturaleza de la misma, sus causas determinantes y las soluciones más recomendables.

(10) BASADRE *Grohmann,* Jorge, Historia de la República del Perú, Editorial Universitaria. Lima, 1969, sexta edición, tomo IV, pág. 357.
(11) ARMAZA Emilio. Luis Miró Quesada de la Guerra. El Legislador Social, Lima, 1970. pág. 78.
(12) VALDEZ Tudela, Napoleón, Comentarios a la Legislación Social Peruana, Librería e Imprenta D. Miranda S.A., Lima, 1958, pág. 84.

interiores imprenta.indb 13 06/06/2017 06:37:39 a.m.

Sus investigaciones en sus magistrales tesis de investigación inician en el país el estudio de los grandes problemas socio laborales, vislumbrando la necesidad vital que para que exista el progreso y desarrollo, la "cuestión social" debe analizarse y establecer los mecanismos de su implementación que el país esperaba.

IV. LA OBRA DE LUIS MIRÓ QUESADA DE LA GUERRA

La obra del derecho social de Luis Miró Quesada de la Guerra se puede clasificar en sus investigaciones plasmadas en sus tesis, presentadas en la Universidad Mayor de San Marcos, referidas a la problemática social en nuestro país, ellas son:

- "La Moderna Crisis Social". Para optar el título de Bachiller en la Facultad de Ciencias Políticas y Administración (1900).
- "El Contrato de Trabajo". Para optar el título de Bachiller en Jurisprudencia en la Facultad de Jurisprudencia (Derecho) (1901).
- "La Cuestión Obrera en el Perú". Para optar el grado de Doctor en la Facultad de Ciencias Políticas y Administración (1904).
- "Legislación del Trabajo". Para optar el grado de Doctor en Jurisprudencia (1905).

Así mismo, es importante reconocer su famoso discurso titulado "El Riesgo Profesional Aplicado al Perú", que ofreció en la Sociedad Unión Obreros N° 1, el 22 de octubre de 1900. En el mismo plantea la "teoría del riesgo profesional" y da inicio con ello a la proyección de la naciente legislación en materia de accidentes de trabajo.

Dichos trabajos de investigación fueron compilados años más tarde en la obra "Albores de la Reforma Social en el Perú" (1965), los cuales constituyen un auténtico tratado de la conciencia laboral del incipiente desarrollo socio laboral del país.

a) La Moderna Crisis Social

Fue el primer aporte ideológico de Miró Quesada de la Guerra ***"por primera vez en nuestro medio se presenta un sistema de ideas para combatir y superar la injusticia social"***[13]**,** es así que desde este brillante estudio de la realidad socio laboral del país se denuncia las injusticias sociales en el Perú, pues razonaba el autor que habiendo alcanzado el país en ese entonces (1900) la libertad y la igualdad democrática, faltaba alcanzar la igualdad económica para las clases trabajadoras, (problema sin resolver hasta la actualidad) y con el cual ninguna sociedad podría ver con tranquilidad su porvenir.

(13) Centenario de Luis Miró Quesada 1880/05 de diciembre de 1980, suplemento del diario El Comercio. Lima, 5 de diciembre de 1980, pág. 10.

interiores imprenta.indb 14 06/06/2017 06:37:39 a.m.

Mencionaba en sus escritos:

> ***"La sociedad actual está en crisis (...) porque no responde a la nueva situación creada por la creciente industrialización. El proletariado está oprimido y explotado, está sin defensa ante las arbitrariedades del poder empresarial. Hay por eso que modificar la realidad social, pues de otra manera no podrá superarse la injusticia imperante. La única manera de forjar una sociedad en que todos sus miembros puedan vivir dentro de la justicia y la libertad, es dando leyes que impidan los abusos del egoísmo capitalista, que ofrezca condiciones materiales de vida adecuadas, y que permita el ejercicio de la libertad"(14).***

Propugna a la vez en esta tesis, la aplicación de nuevas leyes referentes al riesgo profesional, el descanso dominical, la reducción de la jornada de trabajo para los niños y mujeres, enfatizando para ellas que se le dé más oportunidades en el trabajo, entre otras disposiciones.

La Cuestión Social

La cuestión social al tener varios matices conlleva a realizar un estudio más profundo de la misma, en ese sentido, en opinión del eximio iuslaboralista Guillermo Cabanellas, se tiene:

> ***"por cuestión social o problema social se entiende el conjunto de males que aflige a ciertos sectores de la sociedad, los remedios susceptibles de ponerle término y la paz que solucione la lucha de clases entre pobres y ricos"(15).***

Ampliando el concepto el eximio laboralista piurano, el maestro Dr. José Montenegro Baca, opina sobre el mismo de la siguiente manera:

> ***"(..)La cuestión social, si bien es fundamentalmente económica, se ha complejizado tanto que ha devenido en problema integral: es problema jurídico, filosófico, científico, político, social, moral, religioso, etc. Por tanto, su solución tiene que ser integral, por lo que tiene que estar sujeta a normas que coordinen esos aspectos. Tales normas tienen que ser de índole jurídica. (…) por que… El derecho del Trabajo es la concepción jurídica de la cuestión social y con ello realiza faena de excepcional trascendencia"(16).***

(14) Ibídem.
(15) Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 20va Edición, 1981, tomo VI, pág. 430.
(16) MONTENEGRO Baca, José. Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales. Trujillo, 1965, pág. 155.

interiores imprenta.indb 15 06/06/2017 06:37:39 a.m.

En ese sentido, Miró Quesada, se antecedió a los mencionados, analizando la cuestión social y señalando la necesidad que las clases trabajadoras tengan el derecho a pedir que se les de la seguridad de subsistencias, no solo a nombre del interés social; sino también en virtud de un elevado principio: la justicia reparadora[17].

Asimismo, realiza una descripción de cómo iba avanzando la cuestión social en nuestro país, mencionando que se hace necesario la intervención del Estado, para de esa manera evitar que se produzca la crisis social, ya común en muchos países del mundo por las contradicciones entre el capital y el trabajo, insistiendo en que se debe dar al obrero peruano el goce de las leyes que por justicia le correspondan.

> ***"Si vemos que con la aplicación de los principios justos que quedan preconizados, se comienza a destruir entre los hombres el antagonismo de intereses; si observamos que ya el individuo empieza a comprender que su conveniencia particular le aconseja contribuir a realizar la armonía y la solidaridad sociales; si con el natural desarrollo de las asociaciones de obreros y de los consejos mixtos de operarios y patronos, se contribuye a poner fin a la guerra entre capitalistas y obreros, empeñada en otros países y a la cual no habría motivo para esperar consiguiéramos sustraernos por completo indefinidamente en el Perú; hay fundamento para esperar que en un porvenir que se vislumbra ya, los hombres todos, trabajarán reglados por una legislación industrial universal, que tenga por base la cooperación desinteresada y los una libre, fraternal y benévolamente"[18].***

Culmina su memorable tesis señalando: ¡Felices los que entonces vivan; felices aquellos que, realizando el bien y la justicia, aprendan a amarse los unos a los otros!

b) El Contrato de Trabajo

"He llegado al punto principal de mi tesis: me propongo demostrar que el contrato de trabajo debe ser reformado, porque así lo exigen la justicia absoluta y los intereses permanentes de la humanidad"[19]. Miró Quesada, centra su atención en la relación de trabajo la cual se hallaba regulada mediante el Código Civil, sin embargo, las disposiciones que ella establecía para los trabajadores, distaban mucho de la idea central del derecho del trabajo, siendo la tendencia mundial, en aquellas épocas, la misma, ***"en ningún código se expone un***

(17) Luis Miro Quesada. Ofrenda Jubilar, Lima, Imprenta del diario El Comercio, 1953, Tomo I, pág. 28.
(18) Centenario de Luis Miró Quesada 1880/05 de diciembre de 1980, suplemento del diario El Comercio. Lima, 5 de diciembre de 1980, pág. 8.
(19) Tesis sustentada para optar el grado de bachiller en la Facultad de Jurisprudencia (1901) En: Albores de la Reforma Social en el Perú, Lima, 1965, pág. 61.

interiores imprenta.indb 16 06/06/2017 06:37:39 a.m.

verdadero contrato de trabajo que responda a las exigencias de la industria moderna y a las necesidades de la sociedad actual"[20].

Recordemos que el derecho civil de ese tiempo regulaba las relaciones de trabajo en su esquema del individualismo, lo que era común en esas épocas. El contrato de trabajo se hallaba inmerso dentro del Código Civil, no entendiéndose que el derecho del trabajo es una disciplina normativa y es asimismo una ciencia social, lo cual creaba muchas injusticias[21].

Aquel era el panorama normativo vigente, tal como lo menciona el ilustre profesor emérito sanmarquino, Jorge Rendón Vásquez, en sus clásicas obras del derecho social: ***"En este periodo regía totalmente la libre voluntad de las partes en la contratación de la fuerza de trabajo, o lo que se ha denominado la autonomía de la voluntad. Ello determinaba que, en la práctica, los empleadores impusieran las condiciones del empleo: remuneraciones, duración de la jornada de trabajo y otras condiciones, porque la oferta de fuerza de trabajo era siempre mayor a su demanda[22]".*** Es así, que ante esta dramática situación, surge la idea del derecho protector del trabajo, un nuevo derecho que se aleja de las esferas del derecho civil y se desarrolla ante esa necesidad imperiosa de dar protección al trabajador.

En ese sentido, la visión de los intelectuales como Miró Quesada es iniciar el camino en pro de esta nueva concepción de la regulación del trabajo asalariado en nuestro país, enfrentándose a la oposición de los grupos de poder que se resistían a los cambios señalados, tal como nos recuerda el maestro sanmarquino José Ramírez Gastón quien menciona que en aquellas épocas ***"el conservadurismo era una fuerza retardatriz y poderosa que dominaba en todas las esferas, los cerebros más robustos y las figuras de primera fila en la política, en la banca en el comercio, en la universidad, en la administración de justicia eran en su mayoría de una marcada orientación conservadora, la mentalidad individual y colectiva estaban forjadas dentro de cierta estrechez conceptual"[23].***

Como se puede observar, la diferencia del derecho social con el derecho civil es distinta entre otros factores, por la finalidad y los grados de ámbito de aplicación de los mismos. Sin embargo, las tentativas de la codificación del derecho del trabajo subordinado al derecho civil han continuado incluso hasta la actualidad[24].

---

(20) Ibídem

(21) En esta tesis Miró Quesada propone una legislación para que el trabajador pueda disponer de un instrumento legal en sus relaciones con el empresario impidiendo así, cualquier forma de trato arbitrario. Su tesis fue considerada muy audaz por el jurado calificador, que casi la rechaza, pero al final fue aprobada por la calidad del trabajo y su novedad que se impuso sobre la timidez de los elementos conservadores.
Centenario de Luis Miró Quesada 1880/05 de diciembre de 1980, suplemento del diario El Comercio. Lima, 5 de diciembre de 1980, pág. 10.

(22) RENDÓN Vásquez Jorge, Manual de Derecho del Trabajo Individual, Lima, 1984, Editorial Tarpuy, pág. 10

(23) RAMÍREZ Gastón, José, Mi Lucha por un Ideal Social, Lima, 1966, pág. 3

(24) Tal como lo menciona el maestro Jorge Rendón Vásquez el neoliberalismo sigue avanzando dentro de las relaciones de trabajo: "***Sin embargo, hay algunos rebrotes regresivos bajo la presión del neoliberalismo,***

interiores imprenta.indb 17 06/06/2017 06:37:39 a.m.

Propuso que en el Código Civil se incorporasen las siguientes disposiciones:

1º Obligación del empresario de responder por los accidentes que en el trabajo sufren sus obreros.

2º Obligación del mismo por los casos de incapacidad proveniente de enfermedad o vejez.

3º Limitación de la jornada de trabajo.

4º Descanso dominical y prohibición como regla general del trabajo nocturno.

5º Obligación de pagar los salarios en dinero.

6º Protección amplia al trabajo de la mujer y del niño.

7º Obligación de los empresarios de observar en los locales donde trabajan obreros, todas las medidas conducentes a evitar peligros para la vida y la salud de estos.

8º Establecimiento de un tribunal industrial, encargado de velar por el cumplimiento de las medidas de protección del trabajador; y además resolver por arbitraje las huelgas que surjan.

Miró Quesada concluye su tesis con una invocación permanente: ***"Y, entonces, esta amplia reforma de bien y de justicia, será el primer lazo de afecto que, uniendo socialmente a los hombres, servirá de base a una futura unión, universal y completa, en que la humanidad pueda por todos sus miembros ser considerada como una sola y gran familia que aspira al mismo fin: su armónico perfeccionamiento"(25).***

c) La Cuestión Obrera en el Perú

Miró Quesada analiza la legislación en el Perú respecto a la protección legal de los trabajadores para lo cual *"**era necesario contemplar para corregir por medio de leyes sociales adecuadas los síntomas del malestar que ya se dejan sentir"(26).***

En la cuestión obrera, nuestro profesor sanmarquino, estudia la huelga como factor desencadenante de las reclamaciones sociales ***"la huelga viene hacer la lucha clara y fuerte entre el capital y el trabajo. Pero estos conflictos, en los***

---

cuyas manifestaciones son, por un lado, la aplicación indebida de las reglas de los contratos de locación de servicios y de locación de obra a las relaciones laborales, explicable por la tolerancia de tales modalidades de fraude por las autoridades del Estado; y, por otro, las tentativas de comprender a las relaciones laborales dentro del Derecho Civil, sobre todo cuando se legisla sobre éste".
RENDÓN Vásquez Jorge, Derecho del Trabajo, Teoría General I, Lima, 2007, segunda edición, Editorial GRIJLEY, pág. 16.

(25) Tesis sustentada para optar el grado de Bachiller, Facultad de Jurisprudencia (Derecho) de la Universidad Mayor de San Marcos, 1901.

(26) Centenario de Luis Miró Quesada 1880/05 de diciembre de 1980, suplemento del diario El Comercio, Lima, 5 de diciembre de 1980, pág. 9.

interiores imprenta.indb 18 06/06/2017 06:37:39 a.m.

que puede verse la protesta desesperada del obrero contra el actual estado económico social, y el deseo de alcanzar concesiones que satisfagan verdaderas necesidades sentidas, constituyen un peligro social y engendran desgracias y sufrimientos que es necesario evitar[27].

Dentro de este panorama Miró Quesada plantea diversas alternativas para mejorar las condiciones sociales de los trabajadores como: la creación de un Instituto del Trabajo o Consejo Industrial, la ley que prescriba la limitación legal de la jornada de trabajo, el descanso dominical y la prohibición del trabajo nocturno, asimismo, solicitaba eliminar el sistema de pago en especies ***"los patrones estarán obligados a pagar los salarios y en dinero y en sus fábricas y establecimientos"*** ya que en esos tiempos era común realizar la transacción del pago mediante el sistema ingles de trueque conocido como "Truck System".

Sin embargo, dicho mecanismo de pago, no ha desaparecido del todo, antes bien ha mutado en la actualidad en nuestro país, de manera más oculta, sin duda, mediante el sistema de entrega de vales de alimentos reduciéndose de esa manera los salarios de manera indirecta con la Ley N° 28051, Ley de Prestaciones Alimentarias en Beneficio de los Trabajadores Sujetos al Régimen Laboral de la Actividad Privada (02/08/2003) y su reglamento el Decreto Supremo N° 013-2003-TR (28/10/2003)[28].

Como colofón a esa normatividad, en una de las tantas modificaciones al Proyecto de Ley General del Trabajo, redactado por un grupo de conocidos abogados patronales y otros adheridos al sistema y consensuado por las cúpulas sindicales, las cuales se han arrogado la representatividad de los trabajadores en el país, se había planteado aún más la convalidación del mencionado sistema de pago, en los siguientes términos:

> ***La remuneración***
>
> ***Artículo 199. Remuneración en dinero y en especie***
>
> ***La remuneración debe pagarse en moneda de curso legal. Una porción no superior a veinte por ciento (20%) puede ser pagada,***

(27) Tesis para optar el grado de Doctor en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Mayor de San Marcos 1904.

(28) En ese sentido Jorge Rendón opina: ***"Desde la Revolución Industrial del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XX, muchos empleadores pagaban la remuneración en especies u obligaban a gastarla en los almacenes de la empresa o vinculados a ella a precios que fijaban ellos. Esta modalidad, denominada truck system, era una manera adicional de esquilmar a los trabajadores. Luego de arduas campañas, éstos lograron su proscripción, de manera que la remuneración se pagase íntegramente en moneda de curso legal para que el trabajador tuviese inmediatamente su libre disposición. El pago de la remuneración en bienes sólo debería ser procedente cuando se trate de alimentos de consumo popular producidos por la misma empresa, en un porcentaje no superior al 10% de la remuneración ordinaria y con la intervención de la organización sindical, para evitar la imposición de esa modalidad de pago respaldada por amenazas diversas"***.
En: OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY GENERAL DEL TRABAJO, Jorge Rendón Vásquez, Lima, octubre de 2010.

interiores imprenta.indb 19 06/06/2017 06:37:39 a.m.

> ***por acuerdo de partes, en especie o en cualquier forma que no implique entrega de dinero siempre que se trate de bienes útiles para el trabajador o su familia. Su justiprecio se determina de manera razonable por las partes o, a falta de acuerdo, por su valor de fabricación o adquisición.***
>
> ***(Artículo consensuado)***

Lo que demuestra que sigue persistiendo la involución de algunas normas laborales, acciones que los herederos de la gran oligarquía y sus acólitos, continúan impulsando en nuestro país.

Y como término a la presente tesis Miró Quesada plantea implementar en nuestra legislación "el riesgo profesional", donde vuelve a incidir en la necesidad inmediata que los trabajadores tengan una adecuada legislación que los proteja ante los infortunios laborales y la urgencia de hacer justicia reparadora con ellos, ante las contingencias:

> ***"La mismas razones de humanidad y justicia que en otros países han inspirado las leyes sobre el asunto de que tratamos existen aquí en el Perú, pues siempre que haya peligro en el trabajo y que el accidente se realice a consecuencia de él, habrá un caso de riesgo profesional. Se trata de responder de la integridad física del obrero, de evitar que la miseria alcance al trabajador o a la familia de él, si ha muerto; y la obra de bien y de equidad que tiene por fin esta ley realizar, encontrará ocasión de manifestarse siempre que el accidente ocurra a un hombre, aunque sea a uno solo; porque aquí el daño recibido en un caso y el provecho reportado en el otro, son enteramente individuales"(29).***

Todas estas medidas propuestas en la presente tesis eran necesarias para remediar ***"el conjunto de males que el orden del trabajo sufre la sociedad y los medios propios para curarlos o dulcificarlos"*** pues como mencionaba también el maestro José Montenegro Baca ***"el derecho del trabajo para hacer realidad la libertad de la miseria, hiere y merma los intereses del capitalismo, pero al mismo tiempo lo beneficia, aunque parezca paradójico, pues constituye el zócalo o base de la paz social, así como el mejor freno a las soluciones extremistas; el derecho del trabajo, cercena las utilidades del capital es como la lanza del mítico Ánforas, que tenía la rara virtud de curar las heridas que infería: la espada de la justicia laboral, cura y sana los tajos que infiere el capital"***[30].

(29) MIRÓ Quesada de la Guerra, Luis, Albores de la Reforma Social en el Perú, Lima, 1965, pág. 126

(30) MONTENEGRO Baca, José. En Análisis del Primer Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Trujillo-Perú, 1962, pág. 84.

interiores imprenta.indb 20 06/06/2017 06:37:39 a.m.

d) Legislación del Trabajo

Miró Quesada promueve la creación de una legislación de trabajo esbozando una solución a los problemas jurídicos económicos de su época, que en ese entonces (y hasta ahora) creaban discordia e injusticias en la sociedad. Los conceptos jurídicos de ese entonces desnaturalizaban la protección a los trabajadores, lo que impedía lograr el equilibrio en las relaciones de trabajo y la convivencia social.

> ***"Si bien el Derecho –y especialmente el derecho social– constituye el trasunto de las variaciones que se operan en la vida económica y en el progreso de los pueblos, y las disposiciones legales son el resultado del progreso jurídico, no puede dejarse de tomar en cuenta por el legislador principios jurídicos que constituyen la defensa de instituciones legales, que son base de respeto de la personalidad moral de los hombres y de las organizaciones públicas y privadas, fundadas en la justicia de las relaciones contractuales. El progreso social requiere por eso de una política que signifique comprensión y solidaridad, requisito esencial para hacer viable la necesaria armonía entre el capital y trabajo(31)".***

Inicia, Miró Quesada la primera parte de su tesis analizando las diversas causas que originan el fenómeno jurídico de ese entonces, es pues una exposición de los principios y las doctrinas que han dado origen en el mundo a las leyes protectoras de la clase obrera, estudiando las doctrinas socialistas y especialmente a Marx, siendo el primer jurista que le dedica un estudio serio en el derecho del trabajo en el Perú.

A continuación, se centra en postular la creación una legislación de trabajo que responda a las verdaderas exigencias de los trabajadores (obreros) y que se inspire en los principios de humanidad y de justicia, (en la historia laboral de nuestro país, ha habido varias propuestas de unificación o consolidación de las normas laborales, siendo el último intento un proyecto de Ley General del Trabajo(32)).

En esta tesis plantea los siguientes temas prioritarios:

- El Contrato de Trabajo.
- El Riesgo Profesional.
- El Descanso Obligatorio.
- La Regulación de la Jornada de Trabajo.

(31) Luis Miro Quesada, Editora del diario El Comercio, Lima, 1970.

(32) Un grupo de abogados y profesionales agrupados en una conocida asociación de derecho del trabajo en el Perú avalada por los dirigentes de las principales centrales sindicales del país, han venido impulsando dicho proyecto sin éxito desde hace ya varios años, habría que preguntarse ¿es necesario una codificación del derecho del trabajo?, si en la actualidad nos encontramos con el marco y armazón de la legislación del gobierno de Fujimori y en un ambiente legal abiertamente contrario a los intereses de los trabajadores en el país.

interiores imprenta.indb 21 06/06/2017 06:37:39 a.m.

- Las Normas Especiales de Protección en el Trabajo de las Mujeres y los Niños.
- La Creación de un Consejo Industrial o Instituto del Trabajo.

Se ocupó, asimismo, de los proyectos redactados por Manzanilla en 1904, que dieron inicio a la legislación social en nuestro país, que eran similares a los que él planteó en sus tesis, respaldándolas y dando su apoyo en el Parlamento para la aprobación de las mismas(33), priorizando el proyecto de los riesgos en el trabajo, por ser el más necesario en esos momentos y en los de la defensa de la mujer y los niños, tesis que José Matías Manzanilla sustento en la sesión del Parlamento del 19 de octubre de 1917, referido al proyecto de la ley sobre el trabajo de la mujer y el niño.

> ***"Conjuntamente con el tiempo y con la naturaleza del trabajo, consideremos entre las circunstancias en que él ha de realizarse el estado del embarazo y el del alumbramiento. Es incontestable la necesidad social y el deber humano de impedir las labores femeninas en los días de la crisis suprema de la mujer y el niño. Si la mujer en cinta es una enferma, que la sociedad por su propio interés ha de cuidar, las meras abstracciones lógicas nos llevarían a liberarla del trabajo desde la hora inicial de la concepción, hasta la época del restablecimiento de sus órganos, cuarenta días después del parto. Pero como la sociedad no vive de lógica sino de realidades y como la prohibición por todo el tiempo del embarazo equivaldría a declarar el trabajo inaccesible a la mujer, contentémonos con impedirlo en los días anteriores y posteriores al alumbramiento, fundándonos antes que en los motivos individuales de conmiseración o de filantropía, en los grandes motivos colectivos de la salud, del progreso y del porvenir de la sociedad. (…).***
>
> ***…La protección a la madre es cuestión social, a consecuencia de llevar en sus senos al futuro del mundo. Abandonar a la madre, es el abandono al niño. El trabajo que extenúa a la mujer encinta, da el niño raquítico, niño que tiene al nacer peso inferior al del niño cuya madre pudo descansar en el periodo de la gestación y niño que tiene en su contra las probabilidades de vivir" (34).***

Por este brillante estudio de la "legislación de trabajo" se puede establecer entonces que existe una relación evidente entre el desarrollo jurídico y las condiciones

(33) "Todos fueron considerados sumamente avanzados en aquella época, pese al apoyo que les dieron otros elementos juveniles o modernizados del propio partido civil, como Luis Miro Quesada de la Guerra en artículos periodísticos, intervenciones en el Congreso y tesis universitarias".
BASADRE, Jorge, Historia de la República del Perú, 3er edición, tomo II, editorial Cultura Antártica S.A., pág. 308.

(34) MANZANILLA, José Matías, Discursos Parlamentarios, La Reglamentación del Trabajo de la Mujer y el Niño, Lima, 1924, 4ta edición, pág. 16.

interiores imprenta.indb 22 06/06/2017 06:37:39 a.m.

políticas, sociales y económicas de una sociedad. El perfeccionamiento de la misma conlleva a la vez al perfeccionamiento jurídico dando lugar a una evolución constante y progresiva del derecho social. Es valida entonces la frase del maestro mexicano Mario de la Cueva en la cual *nos señala que "**el derecho del trabajo es la reacción contra un mundo injusto, pero no es la superación de la injusticia"**[35].*

V. LA TEORÍA DEL RIESGO PROFESIONAL

Miró Quesada inicia el desarrollo de la doctrina que impulsaría en Perú con el memorable discurso que ofreció en la Sociedad Unión Obreros N° 1, Titulada "El Riesgo Profesional Aplicado al Perú", en la cual reclama la adopción de medidas legales de indemnización de los accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores, considerándola la norma más importante y urgente a efectuarse, pues resarcía en algo los infortunios de trabajo que sufrían los trabajadores que les ocasionaban terribles amputaciones e incluso la vida misma, producto de la naciente industria nacional, y su poca o nula tecnificación.

> ***"El riesgo profesional, consiste en la obligación que tienen los patrones de indemnizar los accidentes que sufren los obreros en el ejercicio de su trabajo o profesión. Es necesario hacer notar esta doctrina, inscrita primero en los programas socialistas, como uno de los principios más elevados de la personalidad humana, ha tardado algo para convertirse en principio práctico, que informa ya hoy las modernas legislaciones. Hasta hace poco dominaba en esta materia el espíritu individualista y estrecho de la Economía Clásica, que subordinaba y encerraba, por decirlo así, el riesgo profesional en los restringidos límites de la prueba del derecho común[36]".***

La teoría del riesgo profesional plasmada en el Perú mediante la Ley 1378, Ley de Accidentes de Trabajo, tuvo una fuerte oposición principalmente por parte de los representantes de la oligarquía, establecidos en el Congreso, entre ellos el entonces parlamentario Mariano Ignacio Prado Ugarteche, (hijo del expresidente Mariano Ignacio Prado Ochoa y hermano del también presidente Manuel Prado Ugarteche) quien fue uno de los más acérrimos detractores al proyecto.

El proyecto presentado al Congreso por Manzanilla el 24 de setiembre de 1905, recogió los aportes esgrimidos por Miró Quesada en sus escritos y tesis referida a "La Moderna Crisis Social" de 1900.

Miró Quesada reflejaba el interés que despertaba *"**todo aquello que se refiriese a la clase trabajadora"** , por tal motivo el maestro sanmarquino señalaba:*

(35) DE LA CUEVA, Mario, Derecho del Trabajo Mexicano, Editora Porrúa, México, 1961, tomo I, pág. 366.

(36) Conferencia pronunciada en la Sociedad Unión Obreros N° 1 durante el acto conmemorativo del decimoquinto aniversario de esa institución el 22 de octubre de 1900.

interiores imprenta.indb 23 06/06/2017 06:37:39 a.m.

"es evidente que el obrero no es una cosa que pertenece por entero a aquel que le paga, hay una justicia que a despecho de los adoradores del capital va, día a día haciéndonos conocer que el patrón no ha cumplido con el obrero una vez que ha pagado su salario; porque todavía le quedan obligaciones morales por cumplir y hay algo de más fuerza en apoyo de esta doctrina (…)… El derecho que tiene todo hombre a la vida; y de este derecho primordial a la conservación de su integridad física, se deduce, lógicamente, la obligación que tiene de indemnizarlo aquel que ha sufrido menoscabo"(37).

Su apuesta por la justicia que se plasmaba dentro de la concepción del derecho social se ve reflejada en el Parlamento al impulsar denodadamente las normas propuestas en el "Proyecto Manzanilla" contra los adversarios de aquella, especialmente el proyecto de accidentes de trabajo.

Dicho proyecto fue el primero que se debatió en el Parlamento en 1908, donde Manzanilla defendió el proyecto artículo por artículo ante la oposición del diputado por Pomabamba señor Bernandino Pérez(38).

La respuesta al diputado Pérez la dio el diputado Dr. Luis Miró Quesada, quien fue el precursor de esa doctrina en el Perú, al igual que Manzanilla, quien expreso:

> ***"debe considerarse no la utilidad de la empresa sino el daño que produce el accidente, que pese a la enumeración hecha por el Dr. Pérez las industrias del Perú están en condiciones de remediar los accidentes, pues lo contrario querría decir que viven del sufrimiento y de la muerte de los obreros; que no puede variarse la base del ser sólo el empresario el obligado a pagar el accidente, pues solo él recibe el beneficio"*** *.Defendió la teoría del riesgo profesional y sostuvo citando a Marx "****la gran industria crea las clases capitalista y obrera, el capital no se cuida de la salud ni de la vida de los trabajadores sino cuando la sociedad lo obliga, hay necesidad de una legislación reguladora, de la relación entre el capital y el trabajo cristalizado que tiene que cumplir con los obreros que lo forman más allá del pago del salario"(39).***

(37) Centenario de Luis Miró Quesada 1880 /05 de diciembre de 1980, suplemento del diario El Comercio. Lima, 5 de diciembre de 1980, pág. 8.

(38) El sustento de Bernandino Pérez era:
- a) Las empresas en el Perú no producen las suficientes ganancias, pese al esfuerzo de sus propietarios para abonar las indemnizaciones.
- b) Será una ley ciega, sin base estadística de ninguna especie ya que estas ni existen;
- c) En sustitución del proyecto debería restablecerse el seguro obligatorio con la concurrencia del Estado, el patrón y el obrero, lo cual daría oportunidades a la formación de compañías de seguros;
- d) Ofreció un cuadro desgarrador paupérrimo de la falta de dividendos empresariales.

(39) TEMOCHE Benites, Ricardo, Cofradías, Gremios, Mutuales y Sindicatos en el Perú, Lima, pág. 108.

interiores imprenta.indb 24 06/06/2017 06:37:39 a.m.

Asimismo, opinó que la confección de las estadísticas que demandaban los diputados de la oligarquía para expedir la ley ***"seria esperar hasta el siglo XXI"***[40].

Decía: *"no es justo que el operario en el Perú no tenga otro recurso para salvarse de la miseria, que el de recurrir al auxilio de sus compañeros, cuando en casi todos los países civilizados se les reconoce derecho a una indemnización en caso de accidente".* Asimismo señalaba: ***"Y hay algo de más fuerza en apoyo de esta doctrina: el derecho que tiene todo hombre a la vida; y de este derecho primordial a la conservación de su integridad física, se deduce, lógicamente, la obligación que de indemnizarlo cae sobre aquel que ha sido causa aunque indirecta de que tal derecho haya sufrido menoscabo"***[41].

Como se ve Miró Quesada sufre los embates de quienes consideraban muy avanzadas sus ideas plasmadas en el mencionado proyecto y que dejarían en la quiebra a la industria nacional, algo que no sucedió ni podía suceder ya que el mercado no es exclusivo y varia por otras reglas internas y externas, postergando la aprobación del proyecto de ley por 6 años (1911)[42].

Miró Quesada y Manzanilla luego de la aprobación en la Cámara de Diputados fueron homenajeados por los trabajadores por motivo de esta primera aprobación en 1908, en donde se pronunciaron grandes discursos de elogio por los representantes de los trabajadores:

> ***"la fiesta termino a las seis de la tarde. Ya en el Paseo Colon, los doctores Manzanilla y Miró Quesada pretendieron dirigirse en coche a sus respectivos domicilios; pero el numeroso grupo que los había acompañado hasta allí y que se había engrosado con otro que los esperaba en la puerta de la Exposición, los obligó a seguir a pie por el Jirón de la Unión, hasta sus casas, aplaudiéndolos y aclamándolos entusiastamente durante el trayecto"***[43].

Es así que las multitudes de hombres del proletariado realizaron las muestras de agradecimiento y deuda a los prohombres que gestaron el noble ideal de solidaridad humana concretizándola en la primera norma protectora en estas latitudes. La Ley 1378, ley de accidentes de trabajo, por primera vez en el país ubicó a los trabajadores en el campo de la seguridad social y con la cual se aplicó también por primera vez en América la teoría del riesgo profesional.

(40) ibídem

(41) Luis Miró Quesada, Ofrenda Jubilar, Editora del Diario El Comercio, Lima, 1953, tomo I, pág. 32.

(42) En todos los tiempos dicha campanilla ha sido usada por los empresarios y el Estado Empleador para flexibilizar la legislación laboral, un ejemplo claro en la misma materia fue la promulgación de la Ley 30222 del 7 de mayo de 2014, que flexibiliza partes importantes de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, impulsada por el poder de los empresarios y sus acólitos que mantienen estratégicamente en el Estado y convalidada por las centrales sindicales que poco o nada hicieron para impedir su aprobación.

(43) Luis Miró Quesada, Ofrenda Jubilar, Editora del Diario El Comercio, Lima, 1953, tomo I, pág. 34.

interiores imprenta.indb 25 06/06/2017 06:37:39 a.m.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Su obra precursora del derecho social en el Perú es como hemos visto grande, el derecho del trabajo y de la seguridad social se proyectan con sus aportes fundamentales, siendo considerado precursor del derecho social, ideas concebidas desde los claustros de la universidad, desde la cual se proyecta a la sociedad como mencionara en su memorable discurso del "Alma Nacional", señalando la finalidad de la universidad y el aporte científico que de ella debe salir para el país.

En Luis Miró Quesada de la Guerra se ve ***"La pasión por la verdad, la pasión de la honra, la pasión de la justicia, la pasión de la libertad, la pasión de una Patria Grande, prospera unida en sus ideales y realizaciones auténticas, la pasión del Perú (..)."*** [44].

Como diría de él nuestro investigador sanmarquino Hermann Busse de la Guerra ***"Bien vale la pena la lucha, el sacrificio, el sobresalto dramático cuando hay una bandera que defender, un ideal que resguardar y una doctrina de bien nacional que imponer. Pero solo los grandes hombres los patriotas plenos, proceden así. Quienes pertenecen a la aristocracia del espíritu, norman su conducta en ese sentido y llegan al sacrificio con tal de alcanzar el triunfo del ideal"***[45].

Celebremos pues a este adelantado del derecho social y busquemos el *"Alma Nacional"* para nuestro país.

(44) Centenario de Luis Miró Quesada 1880 /05 de diciembre de 1980, suplemento del diario El Comercio. Lima, 5 de diciembre de 1980, pág. 7.

(45) BUSSE de la Guerra, Hermann. Luis Miró Quesada. Ofrenda Jubilar. Lima, 1953.

interiores imprenta.indb 26 06/06/2017 06:37:39 a.m.

ORDENAMIENTO JURÍDICO, INTERESES SOCIALES, VALORACIONES Y DOGMÁTICA
(SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO JURÍDICO LABORAL)

Alfonso Hernández Molina[1]
(Chile)

CONTENIDO: I. Actividad estatal normativa y respeto por dignidad personal. II. Ordenamiento jurídico y orden jurídico. Convivencia colectiva. Normas y relaciones sociales. III. Creación, aplicación y enseñanza del Derecho. IV. Derecho y cambio social. V. Derechos fundamentales versus situaciones de poder (derechos contra poderes). Función garantista del Derecho. VI. Coherencia básica esperable del ordenamiento. Desarmonía lógica y criterios de solución. VII. Congruencia

(1) **Alfonso Hernández Molina** desarrolló estudios de Derecho en la Universidad de Valparaíso (ex sede de la Universidad de Chile) desde 1979 hasta 1983, egresando en dicho año.
Desde su época universitaria, su interés se conduce a las áreas laboral y penal, combinación fecunda toda vez que el cultivo de los nexos con la filosofía del Derecho de este último ámbito (particularmente la doctrina de los valores frente al formalismo conceptualista), permite –reconociendo lo diverso de ambas disciplinas- examinar posiciones y normas con luces variadas, logrando datos complementarios para realizar interpretación, crítica y propuesta.
Compartiendo entender a la persona humana como sujeto de fines propios y procurando la difusión de estudios jurídicos, ha creado medios en memoria y proyección de dos juristas notables en su preocupación por el respeto de la dignidad personal, y que conoció personalmente; a saber, Eduardo Novoa Monreal (www.eduardo-novoa-monreal.blogspot.com) y Manuel de Rivacoba (www.manuel-de–rivacoba.blogspot.com). De este último, fue su discípulo en el aula universitaria y, luego de ella, con quien le unió una sólida amistad hasta su partida física.
La Editorial de la Universidad de Valparaíso publicó su libro *Nuestros derechos laborales*, manual destinado a difundir facultades básicas reconocidas en Chile, trabajo caracterizado por estructurarse atendiendo a los bienes jurídicolaborales tutelados, y no según la clásica separación entre lo individual y lo colectivo.

interiores imprenta.indb 27 06/06/2017 06:37:39 a.m.

e incongruencia axiológica. La legalidad laboral chilena respecto del Derecho del Trabajo. VIII. Ordenamiento jurídico, estructura social y alternativismo. Sistema jurídico y garantismo. IX. Jurisprudencia de conceptos y el conceptualismo. X. Dogmática como actividad valorativa y finalista. XI. La ley depende del Derecho. El objeto de la tarea dogmática no se reduce a la legislación. XII. Contenido de la ciencia jurídica. XIII. Dogmática y precisiones terminológicas. Enfoque crítico, papel y desafío del jurista.

PRESENTACIÓN

Nuestro estudio aborda la actividad interpretativa de preceptos laborales, operación que desentraña un sentido y alcance de la norma que aquellos cobijan, que localiza razones, circunstancias, vínculos y fines; su genealogía normativa, sus enlaces lógicos, axiológicos y fácticos(2).

Interpretación entendida como primer momento de la dogmática (realizada amplia y progresivamente), instancia esencial en la resolución administrativa y judicial de casos sometidos a tales decisiones. Indagando datos para situar el rol que juega dicha tarea, para captar contextos y localizar trasfondos, que le mueven y condicionan.

Para ello, procede revisar la índole del Derecho, repasando nociones: el ordenamiento jurídico, su contenido y esencia valorativa, y la dogmática o ciencia jurídica, entendida –insistimos– de modo amplio y progresivo.

Razón, principios y vínculos que exigen atención

Preciso es recordar que el Derecho del Trabajo es fruto de luchas sociales; la ligazón del movimiento social con esta rama jurídica es medular.

El intérprete estatal tiene caminos y posee instrumentos apropiados a la índole del objeto de examen, cultural y finalista, ordenamiento laboral (de normas o de relaciones), cuyos principios y valores –en él normativizados con especial posición

---

Además, y entre otros estudios, ha elaborado:

- La Dirección del Trabajo y el papel de sus funcionarios clave en las relaciones laborales.
- Vicios en la legalidad laboral chilena.
- Dogmática laboral y causas de justificación jurídica.

De él, en Argentina se ha publicado *RIVACOBA. Cuatro lecciones en torno al Derecho penal*, inserto en el volumen colectivo "El derecho penal del siglo XXI. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba" (edición dirigida por Raúl Eugenio Zaffaroni, y coordinada por Marco Antonio Terragni, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2005).

(2) El presente trabajo corresponde al Capítulo I de un estudio mayor, denominado *Datos sobre la interpretación del precepto jurídicolaboral*, estudio que envuelve, entre otros temas: el ordenamiento jurídico, valores y fines; conceptualismo; dogmática progresiva; método sistemático; teleológico-finalista; alternativismo y garantismo; principios de Derecho Laboral; la técnica *Alexy*: ¿*ponderación* sobre subsunción?; Dirección del Trabajo e intereses empresariales; custodia del régimen económico imperante; potestades empresariales creadas mediante dictámenes, y el juez, independencia y dignidad.
Con propósito ilustrativo, se ha conservado -salvo pequeñas modificaciones- su *presentación*; asimismo, se ha asignado numeración específica a cada tema.

interiores imprenta.indb 28 06/06/2017 06:37:39 a.m.

jerárquica–, continúan constituyéndole y caracterizándole en **protector** o tuitivo; que ciertos fragmentos legislativos o conducta interpretativa no se ajusten a él no le resta valor ni fuerza obligatoria.

La interpretación exige atender a factores y vínculos; que, siendo el Derecho producto valorativo, requiere abordarse mediante una indagación finalista o teleológica, que reconozca la existencia de principios propios, apreciándoles, respetando su jerarquía y aplicando su contenido.

La labor del intérprete influye también en el entorno social, y puede incidir en reducir desigualdades; pero también en acentuarlas –y con ellas el conflicto social– cuando, no ajustándose a la esencia, principios, y valores, perturba –o impide– la consecución de fines que el ordenamiento jurídicolaboral ha asumido como propios.

La interpretación: flanco de ataque contra el Derecho Laboral

La hermenéutica es tema principal. Como –con otras palabras– lo advirtió ERMIDA(3), el embate contra el Derecho Laboral ha tenido al menos tres flancos: uno implica la desregulación normativa en áreas esenciales del trabajo dependiente, obligando, así, a la autorregulación de las partes, esto es, un "igual a igual" claramente desigual; otra vía envuelve flexibilizar normas laborales adecuándolas a los contenidos ideológicos oficialmente abrazados.

No obstante, hay un tercer método que, esquivando las barreras que obstaculizan las ya mencionadas táctica derogatoria y modificación legal, disimuladamente procede a desnaturalizar la legalidad laboral (no al Derecho Laboral) mediante el aliento de interpretaciones doctrinales y administrativo-judiciales ajenas a los principios rectores de la rama.

¿Sustituir principios por meros criterios?

Advertimos que, pese a existir principios que, propios de la ratio de esta rama, fundan y deben guiar la interpretación laboral, se localiza la aplicación de un parámetro hermenéutico (la técnica Alexy, el llamado juicio de ponderación o proporcionalidad) que, aunque atrayente para intérpretes oficiales, y aparentando neutralidad para enfrentar la evaluación de relaciones fácticas desiguales, desvirtúa principios desnaturalizando nuestra rama.

En vez de respetar reglas hermenéuticas básicas, que consideran principios, valores y fines del Derecho Laboral, la interpretación sufre la invasión del formalismo y la matemática, como si normas jurídicas y conductas sociales fuesen equivalentes

(3) Óscar ERMIDA y Óscar HERNÁNDEZ, "Crítica de la subordinación", en *Civitas*, *Revista española de Derecho del Trabajo*, número 16, 2003, págs. 167 y ss.

interiores imprenta.indb 29 06/06/2017 06:37:40 a.m.

a números, elevando el derecho de propiedad al nivel de lograr –potencialmente– desvirtuar derechos esenciales.

Su importancia para realizar derechos

Anhelamos estimular atención sobre el papel que la tarea interpretativa desarrolla o que se le imprime, más aun constatando la ausencia de respeto por el elenco de derechos y garantías laborales, pese a estar internacional y constitucionalmente afirmadas; es decir, la falta de realización práctica de imperativos jurídicos en los niveles normativos ordinarios, en la legislación común y en la producción reglamentaria gubernamental; pero también en la acción hermenéutica funcionaria y judicial.

Respetar la dignidad se impone como una exigencia categórica para la conducta de los integrantes de los aparatos estatales.

En definitiva, se procura que la cultura jurídica entienda que la realización de derechos exige lucha diaria; como advirtió IBÁÑEZ(4), los derechos no se hacen reales sólo por postularse o presentarse en lenguaje real.

Y en tal misión la interpretación –y el intérprete– juegan rol principal.

Alfonso Hernández Molina,
Valparaíso, Chile, 2016.

I. ACTIVIDAD ESTATAL NORMATIVA Y RESPETO POR DIGNIDAD PERSONAL

Los aparatos u órganos colegisladores (ejecutivo y legislativo), según las orientaciones e intereses (anhelos materiales o morales, conveniencias, utilidades), de las fuerzas sociales que, debatiéndose al interior del Estado y la sociedad, sostienen a sus miembros, les estiman, prefieren, seleccionan y recogen(5), instalando regulaciones destinadas a su reconocimiento y realización fáctica.

Ejecutan, así, una opción básica por determinados bienes; y lógica y posteriormente, una apreciación o estimación comparativa de los preferidos, regulando su protección o resguardo con mayor o menor intensidad, según se les estime más o menos, dando prioridad a unos respecto de otros. Así les diseñan y convierten en normas jurídicas, obligatorias en cuanto se advierte que su cumplimiento puede forzarse, y su incumplimiento sancionarse, mediante fuerza o violencia estatal.

(4) María De Lourdes SOUZA, **"**Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica", en el *Anuario de Filosofía del Derecho***, número 15, Madrid, 1998,** nota 34.

(5) Implica optar, seleccionar, preferir; esto es, tareas esencialmente *políticas*.

interiores imprenta.indb 30 06/06/2017 06:37:40 a.m.

El porqué, dentro de todo el repertorio posible de determinaciones que permite la esfera de competencia establecida por el ordenamiento, el órgano estatal elige unas y no otras, sólo puede explicarse estudiando los factores sociales concretos, que encauzan la elección legislativa, y las ideas políticas que le inspiran, entendidas no sólo como ideas, sino en tanto que convicciones e intereses económicos que ejercen influencia(6).

En dicho proceso deben, por una parte, ajustarse a los requerimientos colectivos, y por otra, atender la coherencia entre las normas generadas. Por sobre todo, deben respetar la dignidad de la persona. Su calidad de ser fin y no medio o instrumento; su calidad de persona prohíbe dicho trato empresarial, legal y funcionario. Es que "[…] *el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin".* […] *El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio"*(7).

Ideario que se recoge y consagra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Hoy, el imperativo respira vigencia y exige respeto y cumplimiento(8), más cuando tal reconocimiento y garantía normativa es fruto de múltiples y sacrificadas luchas sociales. Procesos que, como describe FERRAJOLI, son, sobre todo, luchas colectivas expresadas en movimientos de masas o incluso de pueblos enteros. Esto vale más incluso para los derechos sociales, tal como el derecho al trabajo, y opera totalmente para los derechos políticos y sindicales, de la libertad de reunión y de asociación al derecho de huelga (derechos individuales ejercidos colectivamente)(9).

II. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y ORDEN JURÍDICO. CONVIVENCIA COLECTIVA. NORMAS Y RELACIONES SOCIALES

Se expresa que el ordenamiento jurídico posee, como obligación esencial, asegurar convivencia colectiva. Para RIVACOBA, "[…] *el Derecho, o, con mayor*

(6) Véase, de Luis RECASÉNS, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª edición, Porrúa, México D.F., 1997, pág. 270.

(7) Immanuel KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (1785), texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente (Madrid, 1921) en la edición de Pedro Rosario Barbosa, San Juan, 2007, Capítulo II (4:428 y 4:429).

(8) *Persona*, cuyo concepto posee entidad mayor, no permitiendo actividades patronales de intromisión y manipulación, actividades empresariales que sí tolera –eventualmente- el concepto de *ciudadano*, el cual, con atractiva apariencia de *progresismo*, alguna tendencia procura introducir.
Y que abogados llamados por el aparato parlamentario a asesorarle deberían tener presente, superando las tendenciosas concepciones del "*mercado de trabajo*". El trabajo no es mercancía.

(9) Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, traducción por Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, págs. 945 y 946.

interiores imprenta.indb 31 06/06/2017 06:37:40 a.m.

concreción, el ordenamiento jurídico, esto es, el conjunto unitario y coherente de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado, con la violencia que le es propia, tiene por objeto organizar y mantener el orden jurídico, o sea, un conjunto armónico de relaciones de vida, reguladas jurídicamente, que se dan en una sociedad o un grupo social en un momento determinado. En otras palabras, el ordenamiento viene a ser algo así como el armazón del orden, y éste, una suma estructurada de relaciones de convivencia entre los hombres. Por consiguiente, aunque formalmente haya sido dado por los órganos y guardando los procedimientos preestablecidos para ello, un Derecho que no asegure un nivel apreciable y suficiente de convivencia tampoco es en la realidad Derecho"(10).

Puede enfocarse el Derecho, en sentido objetivo, como conjunto de normas, sistema u ordenamiento de normas, es decir, la forma del sistema de relaciones. También puede enfocarse como sistema u ordenamiento de relaciones sociales, o sea, el contenido de las normas, por cuanto el ordenamiento jurídico estructura un sistema de vínculos (forma de organización de relaciones sociales), relaciones de poder que marca nexos entre unos y otros, y *no solamente un conjunto de artículos que regulan esas relaciones o una institución jurídica formalmente definida*. Sistema de relaciones sociales, expresión jurídica de enlaces –y de condicionamientos– estrechamente vinculados con el tipo de régimen económico que en ese Estado se impone o se acepta(11).

Sea que se enfoque como conjunto normativo o como forma organizativa de relaciones sociales(12), el ordenamiento jurídico posee parámetros informadores. No obstante, parte de él, la legalidad (entendida como legislación, su actividad y su efecto o resultado preceptivo), no siempre es homogénea, pudiendo –muy probablemente dado que es resultado de fuerzas sociales en lucha– presentar dualismo o ambivalencia en sus contenidos y, así, en la interpretación de los mismos.

Cada ordenamiento particular y concreto se halla constituido y determinado, y se distingue de los restantes, incluidos los que inmediatamente le preceden y le subsiguen, por sus contenidos, orientaciones y valoraciones, que son los que le dan existencia real y le individualizan.

En el caso del ordenamiento jurídicolaboral chileno, se impregna de valores originados en intereses colectivos; sin embargo, no parecen apreciarse debidamente.

---

(10) Manuel de RIVACOBA, "Violencia y justicia" (1994), inserto en el volumen homónimo, 2ª edición, Dirección de Extensión de la Universidad de Valparaíso, 2012, pág. 36.

(11) Max Ernst MAYER le divisa como conjunto de *acciones* en vez de conjunto de *normas*. En su *Filosofía del Derecho*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1937, pág. 127.

(12) La consideración no sólo de normas sino, además, de tales *relaciones*, incluye al formalismo jurídico. Hasta BOBBIO reconoce que, para tal orientación, "*la labor del jurista consiste en la subsunción de hechos, actos, **relaciones** o institutos…*". Citado por Enrique ZULETA, en su "Hermenéutica jurídica e historicismo", incluido en el volumen colectivo *Savigny y la Ciencia del Derecho*, tomo II, Edeval, Valparaíso, pág. 668, nota 13. La negrita es nuestra.

interiores imprenta.indb 32 06/06/2017 06:37:40 a.m.

III. CREACIÓN, APLICACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO

Toda norma jurídica implica valoraciones, y esto debe tenerlo presente la actividad hermenéutica. RECASENS lo reconoce, y aprecia que otros autores (como HECK y POUND), subrayen que las normas jurídicas generales entrañan una delimitación de los intereses que se consideran dignos de protección jurídica, así como una jerarquización o tablas de prioridades entre esos intereses, y que tal reconocimiento y ordenación jerárquica responden a su valoración o aprecio por el o los grupos que ejercen el poder(13).

Discurriendo en lenguaje rivacobiano, la actividad legislativa no se somete a una simple operación técnica; por el contrario, el *ius dare* siempre es de naturaleza política. Es que la creación del Derecho consiste en optar por determinados intereses y valores que comparte o habrá de asumir una sociedad organizada en Estado, proponerse con arreglo a ellos determinados fines de significación colectiva, dictar normas de conducta que estimen dichos intereses, preserven aquellos valores y realicen estos fines, y disponer o aspirar a disponer del monopolio del poder o fuerza social, para imponer el cumplimiento de tales normas y hacerlas efectivas independientemente y aun contra la voluntad de sus destinatarios, o sea, de los obligados por ellas; y eso implica, por esencia, índole política. Tal generación siempre es una función política, alcanzando por igual o más al que aconseja que al que legisla, al asesor que al legislado.

Su orientación y su resultado o contenido dependerán de la mayor o menor fuerza que los grupos o sectores sociales –cuyos intereses se confrontan–, posean en la sociedad y en el Estado.

Ahora bien, las valoraciones dominantes no implican siempre a las más extendidas, sino aquellas con el poder(14) para imponerse e imponerlas y hacerlas efectivas dentro de la colectividad, sea por el empleo de la fuerza, por el temor, el respeto o la convicción que infundan, o por reflejar realmente estados de opinión mayoritarios.

Recordemos, también, que no sólo el *ius dare*, el dar el Derecho, tiene naturaleza política; también el *ius dicere* (interpretarle y aplicarle), e incluso en el *ius docere* (enseñarle) guarda o envuelve adoptar posición política. La esencia política de la generación jurídica incide en las actividades complementarias de aplicar el Derecho y de enseñarlo. La asepsia política es imposible; y las actitudes que se sienten o proclaman neutrales son, respectivamente, o inconscientes o hipócritas.

(13) Luis RECASÉNS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª edición, Porrúa, México D.F., 2008, pág. 663.

(14) Poder entendido como toda situación de superioridad e imposición social, que comprende no sólo la fuerza material sino también otras más refinadas (frecuentemente más eficaces), como las proporcionadas por el hábito en el comportamiento o las técnicas de persuasión o determinación de conductas, sea por simpatía, por sumisión acrítica, por miedo e incluso por acción subliminal (RIVACOBA).

interiores imprenta.indb 33 06/06/2017 06:37:40 a.m.

Respecto de la docencia o enseñanza del Derecho, la formación, ambiente, circunstancia familiar y vínculos culturales y económicosociales del profesorado repercute en su enfoque dominante. No es menor el papel y efectos ideológico-conductuales que desempeña: encauza, forma juicios y forja prejuicios.

No escasa docencia universitaria laboral continúa manifestándose teñida de conceptualismo y formalismo, que rehúsa exhibir el trasfondo de la normativa laboral, es decir, las luchas o combates económicosociales, esquiva para transmitir una realidad medular: que el reconocimiento de derechos han sido fruto de luchas sociales.

IV. DERECHO Y CAMBIO SOCIAL

Es intensa la influencia recíproca entre circunstancias económicosociales y Derecho, y la capacidad de éste para servir u operar, en mayor o menor grado, como instrumento de reforma social. La función instrumental se evidencia, por ejemplo, en transformaciones tales como las originadas en la organización sindical de trabajadores, que obligaron a adoptar medidas legislativas más o menos rápidas. Los cambios producidos en la sociedad se reflejan –más tarde o más temprano–, sobre el ordenamiento jurídico y éste, a su vez, suele servir de promotor de nuevas pautas de conducta colectiva, aunque no necesariamente de modo automático(15).

V. DERECHOS FUNDAMENTALES VERSUS SITUACIONES DE PODER (DERECHOS CONTRA PODERES). FUNCIÓN GARANTISTA DEL DERECHO

La función garantista del Derecho consiste en la *minimización del poder,* que de otro modo sería absoluto: de los poderes privados, tal y como se manifiestan, por ejemplo, en la explotación de dominio económico y de abuso interpersonal; y de los poderes públicos, tal y como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos de poder policiales y administrativos.

La técnica de esta minimización envuelve maximización de derechos fundamentales y de la correlativa limitación de las situaciones jurídicas de poder. Sobre esta distinción, FERRAJOLI aclara que los primeros son ejercidos mediante actos no productores de efectos y, por consiguiente, no nocivos para terceros; en cambio, las segundas son ejercidas mediante actos generadores de efectos en la esfera jurídica ajena.

Limitan la libertad las leyes que comprimen derechos fundamentales; por el contrario, aquellas dictadas para la defensa de tales derechos limitan sobre todo los poderes de los sujetos más fuertes, en garantía de las libertades o de las

(15) Véase, de Carlos NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 12ª reimpresión de la 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2003, pág. 302.

interiores imprenta.indb 34 06/06/2017 06:37:40 a.m.

expectativas de los sujetos más débiles: por ejemplo, las leyes que protegen el trabajo limitan los poderes de los patronos, ampliando correlativamente libertades y derechos de los trabajadores.

La función garantista del Derecho consiste, así, en limitación de poderes y en la correspondiente ampliación de libertades. En este sentido, la libertad –pero también la igualdad, en su calidad de garantía de los derechos fundamentales de todos– depende de las leyes, y cada vez que una libertad atenta contra la libertad de los demás quiere decir que se ha convertido en un poder(16).

Para cumplir tal función es necesario luchar. Democratizar implica poner límites y obligaciones a potestades privadas: toda reforma democrática se ha producido a través de la introducción de límites y obligaciones legales a las potestades privadas –que de otro modo serían absolutas– y mediante la institución de una tutela judicial de los derechos fundamentales ofendidos por aquéllas(17).

VI. COHERENCIA BÁSICA ESPERABLE DEL ORDENAMIENTO. DESARMONÍA LÓGICA Y CRITERIOS DE SOLUCIÓN

Posturas influyentes tradicionalmente han proyectado una imagen del ordenamiento jurídico como sistema cerrado y autosuficiente. Sin embargo, recibe valoraciones y puede traducir intereses no sólo disímiles sino, incluso, contrapuestos o antagónicos; aun así, su estructura jerárquica le permite presentarse priorizando si no única al menos predominantemente un concepto o modelo de la persona y de la relaciones económicosociales; más cuando, al menos para efectos estético-políticos, no puede aparecer –usando una descriptiva y ya centenaria frase– dándose *puñetazos a sí mismo.*

Ahora bien, anhelando reconstruir dogmáticamente(18) el ordenamiento, se busca de éste congruencia interna, compatibilidad de las normas que le componen, cualquiera de las cuales es aplicable sin contravenir otra. Que, no albergando contradicciones internas, implique una expresión coherente de sí mismo. Entendiéndose como regulación que, siendo jerarquizada, debe ser congruente, sea como ordenamiento (de normas), o como ordenamiento (sistema) de relaciones sociales(19).

Y ya advertimos que en dicha tarea probablemente se encontrarán inconsistencias. Son de carácter lógico comúnmente aquellas nacidas por la existencia simultánea de dos o más regulaciones de una misma relación o situación, que chocan o se contraponen entre sí. Ocurre cuando se asigna una misma denominación a dos entidades normativas diversas, generándose conflicto ya que una

(16) Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, págs. 931 y 932.
(17) Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, pág. 935.
(18) La expresión dogmática la entendemos como RIVACOBA, es decir, como método enriquecido, superando su lastre formalista-conceptualista.
(19) La *dependencia* y *subordinación* son elementos que marcan y tiñen esta última índole; relaciones sociales generadas por insuficiencia y ligazón económica, así fijadas por la ley.

interiores imprenta.indb 35 06/06/2017 06:37:40 a.m.

sola realidad o situación concreta no puede ser entendida normativamente en concepciones diferentes. Implican conceptualizaciones incompatibles: una dice esto y otra dice lo otro.

En otras palabras, hay contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. Así, un sistema normativo es inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones, y lo hace de tal modo que la conjunción de esas soluciones constituye **una** contradicción normativa. De allí, la primera condición para que haya inconsistencia normativa es que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad; la segunda es que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles[20].

Siendo a veces producto de deficiencias de términos, en que con las mismas palabras se denomina a situaciones diversas, puede solucionarse localizando y dilucidando las diferencias, ilustrando lo que es diverso y que se había tomado por idéntico. Abordados por la técnica jurídica y enfocados por la doctrina, son conocidos los criterios tradicionalmente utilizados para resolver antinomias: el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial[21].

Ahora bien, en el Derecho Laboral se reconocen otros, ya con entidad de **principios** -que luego veremos-, y que se aplican preferentemente en esta rama, que, informando sus normas, y obligan al intérprete.

VII. CONGRUENCIA E INCONGRUENCIA AXIOLÓGICA. LA LEGALIDAD LABORAL CHILENA RESPECTO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Por otra parte, latiendo intereses al interior del ordenamiento jurídico, es dable localizar en él desajustes valorativos.

Ya en el ámbito laboral, según la fuerza que en un momento histórico posean los sectores sociales directamente envueltos como contrapartes en el nexo del trabajo dependiente, es también dable que existan y se localicen desajustes de índole axiológica.

Aclaremos que no implican desajustes del Derecho Laboral, sino desarmonías entre la legalidad –cuya misión es acatarle y realizarle– y aquél.

(20) Carlos NINO, ob. cit., págs. 272 y 273.

(21) Luis PRIETO, "El juicio de ponderación constitucional", en el volumen colectivo *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Miguel Carbonell, editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pág. 86.
Véase, asimismo, de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1951, págs. 27 y ss.

interiores imprenta.indb 36 06/06/2017 06:37:40 a.m.

Generando conflictos mayores al atacar la esencia valorativa o contenido constitutivo del Derecho Laboral, pueden darse entre las estimaciones receptadas al interior del ordenamiento, y que lo informan; o envolver pugna entre tales valoraciones normativas (*tal como son*), con las valoraciones y requerimientos colectivos o comunitarios (*como deben ser*).

Constituyendo tema de política jurídicolaboral, son mayores las contradicciones axiológicas que laten en el ordenamiento chileno, incongruencias tanto consigo mismo como respecto de las valoraciones colectivas.

Y es que debemos considerar que es esta una rama jurídica con presupuesto y norte bien definido, con precisos principios, valores y fines. ARESE reitera un dato, conocidísimo pero ilícitamente desdeñado: la sujeción en relación de dependencia impide que el trabajador pueda, por sí mismo y en forma individual, trastrocar las relaciones de fuerzas en la empresa. Al Derecho Laboral le corresponde compensarlo, procurar su reequilibrio relacional; es ésta la operación tradicional y pionera del Derecho del Trabajo en el marco del Derecho todo[22].

Así, reconocido en el ordenamiento laboral tanto un elenco de bienes jurídicos cuanto una jerarquía entre ellos, se quebranta la prevalencia interna –y por ello su armonía– acogida al reglamentar, por ejemplo, una institución, resultando ésta menos apreciada o estimada (normativamente) que el valor al cual debe ajustarse o responder; desajustando, en consecuencia, la regulación, conforme a parámetros jurídicolaborales queda la tutela de una de las partes desequilibrada. En Chile, es el caso de la insuficiente –o nula– tutela de la maternidad bajo contrato transitorio. O de la *estabilidad en el empleo*, enunciada tal cual en la rúbrica del Título V del Libro I del Código, pero tratada de modo diverso, particularmente en el precepto cobijado en el artículo 161 del Código, que parece exigir justificación real para el despido pero que, por historia y regulación, implica una autorización para que patrones puedan terminar contrataciones de expedito modo[23].

Asimismo, le desajusta, por ejemplo, la existencia de preceptos que autorizan a la parte empleadora para aplicar multa al trabajador, operable mediante descuento a su remuneración, invocando infracción a obligaciones fijadas en el reglamento interno empresarial[24], esto es, un cuerpo normativo unilateralmente generado. Lesionada con su efectiva aplicación, exacción que, en los hechos y previsiblemente, opera como pena (infundadamente disciplinante, método de intimidación hacia el resto); y, en no pocos casos, mucho más gravosa que una multa de origen

(22) Mauricio ARESE, "Negociación colectiva: un sistema original y transformador", incluido en el volumen *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta sociolaboral latinoamericana*, Ediciones B de f., Buenos Aires, 2011, págs. 155 y ss.

(23) La ley 19.010, de 1990, instaló el despido por "*necesidades de la empresa*", hoy cobijado en el artículo 161 del Código laboral, con posterioridad levemente modificado, aunque no en su esencia; regulación que, tal como lo revela su Mensaje presidencial (número 100, de 1990, párrafo 8º), derechamente buscó "y logró- brindar amplias facultades para la parte empresarial, de cese inmediato de contratos individuales.

(24) Código del trabajo, artículo 154, número 10.

interiores imprenta.indb 37 06/06/2017 06:37:40 a.m.

administrativo o judicial. Que permite la invocación de *infracciones* ínfimas, de nula lesión objetiva a necesidades de interés común.

Incongruencias efectivas, también, al castigarse conductas de trabajadores con mayor severidad, pese a que en aquellas acciones pueden estar envueltos menos bienes jurídicos, o de menor entidad. Por el contrario, se sancionan levemente, se hace conscientemente inaplicable su castigo, o simplemente no se castigan, conductas patronales que lesionan uno o más bienes, o bienes de importancia suma (como son la dignidad y vida privada de trabajadores[25]). Su calificación de importancia mayor es fruto del propio ordenamiento, mediante su reconocimiento expreso y jerárquicamente prevalente, aprecio normativo intenso y extenso, incluso mediante instrumentos internacionales que en Chile justificadamente poseen privilegiada ubicación y pleno valor y obligatoriedad, pero que no se hacen cumplir.

Enfocando al trabajador como medio, su resultado práctico es instrumentalizarle para el logro de fines ajenos o extrínsecos, favoreciendo a la contraparte en satisfacción de una específica política económica conectada a su interés y lucro. Tan extendida práctica es ilícita. La calidad de persona del trabajador prohíbe dicho trato empresarial, legal y funcionario.

VIII. ORDENAMIENTO JURÍDICO, ESTRUCTURA SOCIAL Y ALTERNATIVISMO. SISTEMA JURÍDICO Y GARANTISMO

Examinando diversos ordenamientos jurídicos, la corriente conocida como *uso alternativo del Derecho* (*alternativismo*), comprobó un desolador déficit de realización, efectividad y respeto de imperativos constitucionales fundamentales en los niveles normativos ordinarios y en la conducta estatal legislativa y práctica. Según IBÁÑEZ[26], para esta corriente el ordenamiento es incompleto, abierto, con lagunas, fisuras y grietas, en donde se reflejan y reproducen las contradicciones de la sociedad fracturada en estratos o clases, que presenta avances insertados gracias, entre otros factores, a la lucha y a conquistas de sectores postergados o explotados. El proceder hermenéutico alternativo indaga tales contradicciones normativas o aporías clasistas en el interior del ordenamiento, para manejarlas jurisprudencialmente en una perspectiva –se señala– radicalmente libertaria e igualitaria.

En lo que atañe al enfoque garantista, FERRAJOLI, apuntando, más globalmente, a los *sistemas* jurídicos, ilustra:"*En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las*

(25) Al legislarse guiándose por intereses empresariales o bajo teorías adecuadas al régimen neoconservador.
(26) María De Lourdes SOUZA, "Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica", citado, nota 34.

interiores imprenta.indb 38 06/06/2017 06:37:40 a.m.

leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal "y por tanto irrealizado y pendiente de realización– de sus propias fuentes de legitimación jurídica"[27].

IX. JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS Y EL CONCEPTUALISMO

Tal corriente labora utilizando construcciones en procura de obtener un sistema jurídico cerrado. Que entiende que si los conceptos jurídicos son fuente de conocimiento, partiendo de éstos se podría obtener, por vía deductiva, nuevos conceptos y normas, que se integrarán al sistema jurídico. Descomponiendo los institutos jurídicos en proposiciones jurídicas, a partir de ellas, también mediante descomposición, se alcanzaría sus elementos lógicos básicos o elementales. En pocas palabras, utilizando categorías, divisiones y subdivisiones, conoce la realidad jurídica reduciéndola al conocimiento de conceptos y a la forma y combinación que éstos presentan.

Se anota que fue la escuela histórica, y la persona de Savigny, quienes inicialmente atienden su método de investigación y exposición[28]. Aunque no operen en el Derecho Laboral chileno como marco obligatorio, toda vez que la razón de ser y caracteres de éste acoge métodos propios de interpretación y de solución de problemas (guiados por los principios de la rama), no está de más recordar que los cuatro elementos o aspectos[29] (no "*modos"*, porque no se excluyen), de la interpretación jurídica recogidos en el Código civil chileno, y que por tradición o inercia se aplican no sólo en esa rama, fueron diseñados particularmente por aquéllos[30].

Considerando que en Chile aun poseen expresa recepción para la interpretación de la norma civil, pero que también reconocen el método finalista, señalemos cómo se enfocaba el elemento lógico y el sistemático: el primero, "…*tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea, hacia la relación lógica en la que se hallan sus diversas partes*"; el segundo, "…*se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad. Este plexo se hallaba lo mismo que el contexto histórico en la mente del legislador; y por consiguiente no conoceremos por completo su pensamiento, si no esclarecemos*

(27) Ob. cit.

(28) Descripción por Antonio HERNÁNDEZ GIL, en "La Escuela Histórica. Iniciación de los Métodos Dogmáticos", incluido en *Savigny y la Ciencia del Derecho,* tomo I, Edeval, Valparaíso, 1979, págs. 240 y ss.

(29) Véase, de Hermann PETZOLD, "Savigny y el artículo 4º del Código Civil Venezolano", en *Savigny y la Ciencia del Derecho*, tomo II, Edeval, Valparaíso, 1979, págs. 746 y ss., y de Fernando QUINTANA, "Savigny, el Romanticismo y la Hermenéutica", incluido en la obra recién citada, págs. 651 y ss.

(30) Hermann PETZOLD, "Savigny y el artículo 4º del Código Civil Venezolano", citado, págs. 741 y ss.
Otros autores valoran, también, el aporte de Thibauth, quien desarrolló –según QUINTANA- una teoría completa de la interpretación (Fernando QUINTANA, "Savigny, el Romanticismo y la Hermenéutica", citado, págs. 648 y 651).

interiores imprenta.indb 39 06/06/2017 06:37:40 a.m.

la relación en la cual la ley se encuentra con todo el sistema jurídico y el modo en que ella debía intervenir eficazmente en el mismo"(31).

Ahora bien, entendiendo por *conceptualismo* la explicación de las reglas jurídicas por medio de simples construcciones conceptuales, sin atender a su finalidad social ni a los intereses implicados, la dogmática no puede reducirse a aquél. Menos incluso, si pasa por alto los intereses individuales y sociales que operan en la generación y en la práctica del Derecho y en la realidad de la vida social, y evita enfrentar los problemas vinculados con la aplicación de las normas jurídicas.

En no pocos sectores se divisa la aplicación de tal orientación, siendo fenómeno que cruza las ramas jurídicas. RIVACOBA le percibe como tarea envuelta en la búsqueda y captura *"de los conceptos más elementales de la realidad jurídica, a partir de los cuales y mediante un proceso de abstracción creciente se van obteniendo conceptos cada vez más amplios y generales, descubriendo consecuencias ínsitas y quizá no patentes en su concatenación y elaborando las diversas construcciones de las distintas instituciones, hasta culminar en un sistema omnicomprensivo y autosuficiente, cerrado que ordene en y reduzca a una unidad conceptual la realidad normativa del ordenamiento y que permita descender a nuevos conocimientos y resolver o disolver lógicamente cuantas dificultades y antinomias se presenten o latan en su seno; todo ello –y esto es lo característico–, prescindiendo de cualquier cuestionamiento acerca de su contenido y, por consiguiente, de la consideración de los valores que lo informen y trate de realizar y de los fines hacia los que tienda y que se proponga alcanzar, o sea, contemplando la materia jurídica recortada sobre sí misma, en su mera entidad formal y aislada de cualquier otra, como si por su propio ser se mantuviera situada en una campana pneumática".*

STERNBERG describió al formalismo jurídico como "[…] *un intelectualismo extremado, un exceso o excrecencia de la actividad lógica en la ciencia del Derecho, alentada por una fe en la autoridad y el poder mágico de la elaboración y las relaciones de palabras y conceptos, bajo las cuales se pierde de vista como cubierta con un velo la finalidad de las normas*". En pocas palabras, "*obra alambicada de lo que en el fondo no pasa de ser un verdadero fetichismo verbal"*(32).

RECASÉNS es concluyente con este proceder: el pecado original, fuente de todos los demás errores y de todos los demás desaguisados que se cometieron al impulso de la manía logicista, por las jurisprudencias conceptualistas, fue convertir lo que es tan sólo un producto humano, con validez y alcance limitados a ciertas situaciones históricas, en principios supuestamente ideales de validez absoluta(33).

(31) Federico Carlos von SAVIGNY, "Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica" (traducción del alemán por Werner Goldschmidt), en la obra *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, págs. 83 y 84. Le refiere PETZOLD, en "Savigny y el artículo 4º del Código civil venezolano", citado, págs. 146 y 147.

(32) Manuel de RIVACOBA, en ¿*Hacia un nuevo conceptualismo jurídico*?, Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), segunda época, número 13, Madrid, 1998, págs. 109 y ss.

(33) Luis RECASÉNS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, citado, pág. 652.

interiores imprenta.indb 40 06/06/2017 06:37:40 a.m.

No obstante, la postura de aparente neutralidad y cientificidad permite que el aparato conceptual tanto de la exégesis como del conceptualismo persista –metódica y tenazmente– como bagaje teórico en el aprendizaje y/o enseñanza jurídica[34].

X. DOGMÁTICA COMO ACTIVIDAD VALORATIVA Y FINALISTA

Se reconoce en la dogmática un quehacer cultural, valorativo (del *deber ser*), y finalista, al momento que los valores se constituyen en fines del obrar. Esto es, siendo el Derecho una entidad valorativa y dándose por razón de fines (independientemente de sus fracturas e irrealizaciones), la ciencia que le aborda ha de ser cultural y finalista; y, procurando localizar el *télos* de normas e instituciones, su método ha de ser teleológico.

Si bien nace con perfiles estrechos (lo avisa su propia denominación), al método dogmático hoy le reconocemos perfiles amplios: "*Una de las consecuencias más evidentes de la rebelión antiformalista en el campo jurídico ha sido precisamente la superación de la pretensión del positivismo de elaborar una ciencia recluida en sí misma, al margen de las inquietudes y problemas de su tiempo y su sociedad"* [35]. Método que hace más de un siglo, especialmente gracias a los escritos de madurez de IHERING, se abre a la primacía de elementos teleológicos en la labor teórica y metodológica del jurista; varias escuelas transitan por estos senderos[36], superando el formalismo-conceptualismo que le condicionaba -o determinaba-.

Es que las normas jurídicas, en el más amplio sentido, contienen supuestos de hecho implicados por realidades sociales, juntamente con un mandato o una prohibición adecuados para ordenarles. Por muy quintaesenciados que se nos presenten los conceptos, no pueden desconocer esto[37], más cuando, como advierte ZULETA, "*un sistema conceptual se forma a través de incorporaciones graduales de elementos heterogéneos y aun opuestos en su naturaleza y origen*"[38].

Hoy, la dogmática sólo puede entenderse superando marcos y condicionamientos: "*La dogmatica tradicional, que considera al derecho tan sólo como un sistema de normas abstractas, cuya significación se aclara por medio de la lógica y de la interpretación de los conceptos, en todo caso, ya no está en condiciones de cumplir*

(34) Véase, de María de Lourdes SOUZA, la Introducción a *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), Bogotá, 2001.

(35) Enrique ZULETA, "Hermenéutica jurídica e historicismo", incluido en el volumen colectivo *Savigny y la Ciencia del Derecho*, tomo II, Edeval, Valparaíso, págs. 661 y ss.

(36) Véase, de Enrique ZULETA, "Qué significa para nosotros Ihering", en el volumen colectivo *Ihering y la lucha por el Derecho,* Edeval, Valparaíso, 1976-1977, pág. 243.

(37) Antonio HERNÁNDEZ GIL, "Jhering y el método de la construcción jurídica", en el volumen colectivo *Ihering y la lucha por el Derecho,* Edeval, Valparaíso, 1976-1977, pág. 334. Estudio que integra la obra del mismo autor, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, volumen I, 2ª edición, Madrid, 1971.

(38) Enrique ZULETA, "Hermenéutica jurídica e historicismo", citado, pág. 713.

interiores imprenta.indb 41 06/06/2017 06:37:40 a.m.

con esta tarea [desarrollar conocimientos y ampliar el horizonte del saber]"[39]. Más aun, "*La tradicional definición, conforme a la cual la ciencia jurídica es ante todo la disciplina de la exacta interpretación y de la aplicación concreta de la norma vigente, ya no satisface en parte alguna. Y esto no sólo porque dicha definición no abarque dos terrenos hoy en día ampliamente reconocidos, como lo son la crítica y la política jurídica*…"[40].

Incluso REALE consignó que las estructuras lógicas de la dogmática jurídica tradicional no corresponden a las transformaciones operadas en la sociedad[41].

11. LA LEY DEPENDE DEL DERECHO. EL OBJETO DE LA TAREA DOGMÁTICA NO SE REDUCE A LA LEGISLACIÓN

De muy antiguo se advierte que la ley depende del Derecho, y no el Derecho de la ley; ésta se somete al Derecho, a sus principios, valores y fines. La regla (o sea la ley) expone brevemente lo que es; el Derecho no se deriva de la ley; en cambio la regla se deriva del Derecho existente[42].

La dogmática no puede realizarse ni ser comprendida aislando las normas –sobre las que labora– de la realidad en que se producen y en que se aplican, ignorando que implican un momento en un proceso cultural, consecuencia de cuantos le anteceden y antecedente de los que le sigan; soslayando el contexto económicosocial en que palpitan y al que pertenecen; circunstancia fuera de la cual no sólo no poseerían sentido sino que ni siquiera existirían.

Para no disminuirse a mera exégesis o a timorata descripción superficial del ordenamiento, la dogmática no puede condicionar su labor única y exclusivamente en el conjunto de preceptos que componen la legislación[43]. Su objeto no se reduce a ésta ni a las restantes fuentes formales del Derecho; debe envolver, igualmente, el complejo de principios, valores, exigencias y fines reconocidos por el Estado, que fundan e inspiran el ordenamiento laboral; debe atender sus fundamentos y condicionamientos, observar su circunstancia y relaciones, mirar y escrutar alrededor y bajo él[44].

(39) Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho Comparado*, volumen III, traducción del alemán por Enrique Aimone, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1991, pág. 43.

(40) Ob. cit., pág. 42.

(41) En 1968, en el texto original de su *Teoría Tridimensional del Derecho. Preliminares históricas y sistemáticas.* Versión castellana: *Teoría Tridimensional del Derecho*, traducción por Juan Sardina-Páramo, Edeval, Valparaíso, 1978, pág. 32.

(42) La máxima se asigna a Paulo.

(43) Enfoque de milenario antecedente; el Digesto recogió: "*No es lícito juzgar o resolver una conducta, tomando en cuenta sólo una parte de la ley, sin haberla estudiado en su conjunto*" (1.3.24).

(44) Imposible soslayar el aporte rivacobiano.

interiores imprenta.indb 42 06/06/2017 06:37:40 a.m.

XII. CONTENIDO DE LA CIENCIA JURÍDICA

Se distingue[45] dos tipos de operaciones que la ciencia jurídica desarrolla. En primer lugar, la tarea *empírica* de determinar qué enunciados constituye la base de un orden jurídico, tarea que ROSS considera como su actividad central. En segundo lugar, las operaciones *lógicas* de sistematización del Derecho, la cual consta de dos pasos; en el primero, se derivan las consecuencias lógicas de los enunciados que constituyen la base del sistema, empleando ciertas reglas de inferencia; esto permite mostrar los defectos lógicos (lagunas, contradicciones y redundancias) que el sistema pueda tener; en una segunda etapa, se trata de reemplazar la base original del sistema por una más económica pero equivalente a ella, o sea, por un conjunto más reducido de principios que sean lo más generales posible, siempre que tengan las mismas consecuencias lógicas que las normas que reemplazan.

A primera vista, pareciera que no es parte de la actividad "científica" frente al Derecho el *resolver* las indeterminaciones (lagunas, contradicciones, vaguedades), que el sistema puede presentar, sino sólo el *ponerlas de manifiesto*. Sin embargo, su cometido central consiste precisamente en superar tales indeterminaciones, orientando a quienes deben aplicar el Derecho sobre cuál es su interpretación correcta o adecuada. Algunos juristas dirán que esta última tarea forma parte de la descripción y sistematización del Derecho; otros aceptarán un concepto de descripción y sistematización semejante al de ROSS o ALCHOURRÓN y BULYGIN, es decir, que ellos no se limitan a describir y sistematizar el Derecho, sino que, además, realizan frente a él una labor reconstructiva.

13. DOGMÁTICA Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS. ENFOQUE CRÍTICO, PAPEL Y DESAFÍO DEL JURISTA

Reiteremos que la expresión *dogmática*, como actividad de interpretación y sistematización –e incluso reconstrucción- del ordenamiento–, no puede reducirse a la simple descripción de éste. Si bien es cierto que el origen y etimología de la expresión da señales de que, cualquiera sea la opinión que merezcan, las normas jurídicas se imponen imperativamente, tal sesgo no impide ni debe inhibir la actitud crítica frente a la ciencia jurídica, más aun cuando toda ciencia –como actividad racional que es– tiene que ser crítica.

Por ello, no corresponde a la dogmática laboral consagrar o legitimar las contradicciones, encubriendo, disimulando o maquillando lo arbitrario. Tampoco ignorarlas. Más aun, debe mirar al futuro, añadiendo a la reconstrucción crítica del ordenamiento que es y como es –con propuestas político laborales–, de lo que debe ser y como debe ser. El enfoque crítico es esencial; ejercida plenamente, la dogmática presenta y requiere a la instancia o aparato colegislador el cómo debe ser su misión y objetivo de regular el nexo del trabajo dependiente en procura de reducir lo más posible el desajuste económicosocial generado por el régimen.

(45) Lo señala Carlos NINO, ob. cit., págs. 317 y 318.

interiores imprenta.indb 43 06/06/2017 06:37:40 a.m.

Aunque el objeto de estudio sea el Derecho Laboral vigente, cuando planteamos los resultados logrados en la interpretación y estudio dogmático de tal Derecho vigente, ponemos bases, entregamos líneas de lo que el Derecho *debe ser*[46]. La mirada crítica del Derecho existente revela el que debe regir. Las exigencias o requerimientos laborales acercan –así– su transformación en normas jurídicas. Y es que, aunque no logre concretarse en una normativa diversa, igualmente colabora al progreso jurídico, a la adecuación del ordenamiento a los requerimientos sociales. La actividad dogmática crítica, ejecutando su rol dinámico, al postular cambios que mejoren el Derecho existente, o requiriendo su total reemplazo por otro, y sea que la actividad legisladora le acoja o no, siembra el Derecho del mañana.

En palabras de RIVACOBA, *el enfoque crítico del derecho existente señala el que debe regir, en cuanto aporta datos y exigencias sociales y valorativas de una comunidad históricamente determinada.*

La misión del jurista no es sólo describir el Derecho *de lege lata*, sino, además, proponer soluciones *de lege ferenda*, correspondiéndole atender –también– el desfasamiento entre normas y valoraciones comunitarias preponderantes. No hacerlo revela conformismo, que, lejos de ser neutral, afianza en la sociedad relaciones de predominio imperantes.

(46) "El jurista, como científico del Derecho, proyecta jurisprudencia, y como político, proyecta leyes" (ZAFFARONI).

interiores imprenta.indb 44 06/06/2017 06:37:40 a.m.

EL DERECHO DEL TRABAJO COMO RELACIONES SOCIALES DE PRODUCCIÓN: HERRAMIENTAS DE INTERPRETACIÓN Y LUCHA ANTE EL ESTADO DE CRISIS ACTUAL

Luis Alberto Quintana García[1]
(Perú)

SUMARIO: I. Introducción. II. Herramientas de interpretación para la lucha contra la ideología burguesa en el derecho. 1. Proposiciones generales: hombre y relaciones sociales. 2. Derecho en general, fases de desarrollo de la sociedad y consciencia social. 3. Hegemonía ideológica y tipos de funciones del derecho en las fases concretas del desarrollo de la sociedad. III. Función crítica en el derecho del trabajo y su aplicación práctica. 1. Lucha contra la reglamentación de la lucha de clases. 2. Lucha contra el estado de cosas actual y la utilización de categorías abstractas. 3. Aplicación práctica de las categorías de la corriente crítica a la lucha por la reposición laboral. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo del Derecho vivimos una crisis que se viene manifestando como una realidad "normal", donde "ilustres" personalidades que pregonan o pregonaron, en épocas de antaño, la justicia y el cambio a favor de la inmensa mayoría explotada han resultado ser farsantes

(1) Estudiante de la Facultad Derecho de la UNMSM y Miembro del Taller de Investigación de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Dr. José Matías Manzanilla.

interiores imprenta.indb 45 06/06/2017 06:37:40 a.m.

encubiertos que buscaban acomodarse al sistema y vivir de los beneficios generados por la explotación que trae esta.

¿Cuál es el estado actual de cosas en que se vive? Estamos ante una de la mayores manifestaciones de crisis heredada por la arremetida del capitalismo característico para los países del Tercer Mundo que inicia su reestructuración en el año 1993, y que para el derecho del trabajo, en la actualidad se avizora como un panorama de regresión de las condiciones favorables de los derechos de los trabajadores, que frente a la falta de organización y una dirección política clara, pueden hacer peligrar la visión emancipadora de la clase trabajadora y su función histórica en la sociedad.

Frente a ello, este artículo se propone dar un bosquejo o una interpretación general respecto de la forma cómo se deben abordar los fenómenos sociales existentes en el Derecho en general, y para el Derecho del Trabajo, en particular, partiendo de la tesis del Derecho como *relación social*[(2)], que apunta sobre la necesidad de analizar las condiciones materiales de existencia al que se encuentra sumergida el hombre, y apuntando a las relaciones sociales de producción en específico para entender la dinámica existencial del hombre y la lucha por la transformación de sus condiciones de vida.

Los antecedentes más remotos, en *su desarrollo*, de dicha tesis lo encontramos en Pashukanis, uno de los juristas soviéticos que aparecieron durante la revolución rusa y que fuera parte del proceso de creación del primer Estado socialista en el mundo, quien, basado en el Marxismo aplicado a la disciplina del Derecho sostiene lo siguiente:

> *"Vemos en este caso [considerando la dimensión dinámica e histórica] cómo la relación económica en su movimiento real es la fuente de la relación jurídica que nace solamente en el momento de la controversia (…) Históricamente el derecho ha comenzado con el litigio, es decir con la acción judicial. Únicamente más tarde es cuando el derecho se apodera de las preexistentes relaciones de hecho, o puramente económicas, que revistieron así desde el principio un doble aspecto, a la vez económico y jurídico. La jurisprudencia dogmática olvida esta sucesión histórica y comienza inmediatamente por el resultado ya acabado, por las normas abstractas con el que el Estado llena, por así decir, todo el espacio social, confiriendo a todas las acciones que en él se realiza propiedades jurídicas. Según esta concepción no es el contenido material, económico, de las mismas relaciones el momento fundamental, determinante en las relaciones de compraventa, empréstito, préstamo, etc., sino el imperativo dirigido en nombre del Estado a cada una de las personas. Este punto de partida del jurista práctico es tan inutilizable*

(2) PASHUKANIS, E. B, Teoría general del derecho y marxismo. Trad. Virgilio Zapatero, editorial Labor Universitaria, Barcelona, 1976, p.79.

interiores imprenta.indb 46 06/06/2017 06:37:40 a.m.

para el análisis de la forma jurídica en sus determinaciones más generales el poder del Estado confiere claridad y estabilidad a la estructura jurídica, pero no crea sus premisas, que se enraízan en las relaciones materiales, es decir, en las relaciones de producción." (3)

Y más adelante refiere:

"Nosotros comprobamos así, donde quiera que encontremos el estrato primario de la superestructura jurídica, que la relación jurídica está engendrada directamente por las relaciones materiales de producción que existe entre los hombres. De ello se deduce que no es necesario partir del concepto de norma como mandato autoritario externo para analizar la relación jurídica en su forma más simple. Es suficiente con fundamentar el análisis sobre una relación jurídica <<cuyo contenido está dado por la relación económica misma>> (Marx) y examinar en seguida la forma <<legal>> es de esta relación jurídica como un caso particular" (4)

En esa misma línea de pensamiento, en nuestro país, se ha desenvuelto esta tesis por el profesor Jorge Rendón Vásquez, quien referido a dicha posición manifiesta lo siguiente:

"La Teoría marxista del derecho, como se puede apreciar, no trata exclusivamente del derecho, ni lo ve como un entidad aislada de la realidad social, sino, por el contrario, al identificarlo como una superestructura explica su aparición, contenido, naturaleza, forma y evolución, a partir de la base real, es decir, de las relaciones de producción o estructura, que se presentan como relaciones de propiedad de los medios de producción y, al mismo tiempo como relaciones de trabajo." (5)

Esta es la perspectiva que lleva implícita todo el presente trabajo, es por ello que sólo una interpretación objetiva sobre la real situación de la clase trabajadora, en el Derecho del Trabajo, puede dar una orientación acertada y clara hacia la solución definitiva de sus problemas, y en ese rumbo se desenvuelve esta concepción, que dicho sea de paso, no oculta una toma de posición con las demandas y aspiraciones de la inmensa mayoría explotada.

En el presente artículo iniciamos con una exploración general sobre el Derecho en el desarrollo de las relaciones sociales capitalistas de producción, con la meta de dar explicación a la crisis que se vive, el papel que asumen los actores

(3) PASHUKANIS, E. B *Teoría general del derecho y marxismo.* Trad. Virgilio Zapatero, editorial Labor Universitaria, Barcelona, 1976, p.79.

(4) PASHUKANIS, E. B *Teoría general del derecho y marxismo.* Trad. Virgilio Zapatero, editorial Labor Universitaria, Barcelona, 1976, p.81.

(5) RENDÓN VASQUEZ, Jorge, El Derecho Como normal y relación social (Introducción al Derecho), Editorial Tarpuy, Perú, 1984, p. 118. Véase en específico para mayor conocimiento de esta posición *la sección I: Las relaciones sociales como fuente primaria de derecho*, pp. 128-171.

interiores imprenta.indb 47 06/06/2017 06:37:40 a.m.

político- laborales en esta lucha, dentro de un contexto específico referido a una fase determinada de la sociedad.

En un último momento, orientamos todo lo expuesto de forma general, al plano concreto de la *función crítica* del derecho laboral, refiriéndonos a ciertas características fundamentales de esta con el objetivo posterior de aplicarlas para el análisis de la lucha por la reposición de la clase trabajadora.

Finalmente, se busca con este modesto trabajo, contribuir a forjar una consciencia jurídica sobre los problemas jurídicos existentes en nuestro país, invitar a los compañeros a enfocarse críticamente sobre dichos problemas y encarnar la superación que necesitamos, porque se hace necesario el salir del estado de espectadores y enrumbarse a ser parte de la acción práctica y transformadora de nuestra realidad.

I. HERRAMIENTAS DE INTERPRETACIÓN PARA LA LUCHA CONTRA LA IDEOLOGÍA BURGUESA EN EL DERECHO

1. Proposiciones generales: hombre y relaciones sociales

¿Cómo explicar la crisis en todos los ámbitos de nuestra sociedad en sus principales mecanismos de desarrollo (instituciones, cultura, valores, entre otros)?

Para responder a dicha pregunta partimos de concebir que el hombre como ser social se encuentra inmerso en una sociedad donde existe elementos que la constituyen (instituciones y las relaciones sociales que se forman a través de ellas), las cuales se encuentran preexistentes y preestablecidas en relación a los pueblos respecto de una sociedad determinada, que en el transcurso de las diversas fases del desarrollo de la sociedad, el hombre se vinculará directa o indirectamente con diversos factores existentes en este medio social, de tal forma que irá adquiriendo consciencia de los acontecimientos sociales y así formarse, en su propia consciencia, un conjunto de conceptos sobre todo lo que le rodea de acuerdo al lugar que ocupan en el proceso productivo dentro de la sociedad y las formas directas o indirectas del desarrollo de ese proceso productivo, de tal forma que estos hombres se aglutinan en espacios donde se cristaliza el modo de pensar producto de las relaciones sociales de producción que responden y orientan o dirigen a la sociedad hacia los fines políticos, económicos y sociales que estas encarnan, y esto se manifiesta en los problemas que afecta a la sociedad en su conjunto donde las formas de concebir su solución, abordar el problema o resaltar a tal o cual actor político en detrimento de otro, entran en conflicto como producto de la oposición de intereses que representan cada grupo humano organizado.

En ese sentido, es preciso sostener que: "*En la producción social de su existencia, los hombres entran en relaciones determinadas, necesarias, independientes de su voluntad; estas relaciones de producción corresponden a un grado determinado de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones*

interiores imprenta.indb 48 06/06/2017 06:37:40 a.m.

de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real, sobre la cual se eleva una superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de vida social, política e intelectual en general. No es la conciencia de los hombres la que determina su ser; por el contrario, su ser social es lo que determina su conciencia".(6)

Es por ello que nuestro punto de partida se "circunscribe" al conjunto de relaciones sociales de producción, así, en este primer momento el hombre se encuentra inmerso en un conjunto de relaciones sociales que van perfilando una conducta respecto del orden social, las costumbres, las reglas, el acceso a la riqueza, la necesidad de estudiar, entre otros, y en general, respecto de todo el medio social que le rodea, lo que necesariamente le exige tener o desarrollar una "forma de ver" o una concepción del mundo, la que se encontrará enmarcada, en concreto, a la clase social en la que se encuentra adscrita desde que nace y tiene consciencia de la realidad, lo que le hará llevar un "sello de fábrica", apreciando el mundo y desarrollándose la "manera de ver" ligado al ser social que conforma como parte de una estructura social dentro del sistema económico.(7)

En ese sentido, la sociedad, como producto del sistema de relaciones sociales de producción dominante, desarrolla y establece los parámetros y especifica los derechos y obligaciones que se cristalizan en las instituciones jurídicas, y paralelamente otras formas referidas a "lo bueno" y "lo malo" de la sociedad, cumpliendo este papel la moral social, la escuela, la religión, la televisión, la radio, entre otros, cada uno con una función determinada vinculada con la ideología imperante, ya sea para desarrollar en la consciencia de los hombres las formas ideológicas que el sistema genera sobre el "equilibrio social", la paz, el orden, la autoridad, y otras formas orientadas a generar cohesión o colusión para desarrollar (en épocas de "prosperidad" económica), mantener (en épocas de "ocultamiento" de la lucha de clases) o renovar (en época de álgida crisis) el sistema social donde vivimos, lo que representa nada más que la *reproducción las relaciones sociales*(8) dentro de los márgenes estrechos desenvueltos por el sistema imperante.

(6) MARX, Carlos, Contribución a la Crítica de la Economía Política, Ediciones Populares, Lima- Perú, s/f. p. 12.

(7) Véase el libro del profesor Luis Guillermo lumbreras: *La Arqueología Como Ciencia Social*, Editorial Inca S.A., Lima, 1981, p.148. Aquí el profesor Lumbreras establece un conjunto de rubros mediante el cual se puede estudiar la cultura entendiendo como *forma en que opera la superestructura sobre la base a través de las instituciones*, de tal forma que estas son el modo como se instalan socialmente las costumbres y las "maneras de ver" de los grupos. En nuestro caso, las Instituciones jurídicas establecen los derechos y obligaciones, que enmarcados dentro de determinado sistema económico y político, delimita el conjunto de actos al cual el hombre ha de atenerse para no quebrantar la "paz" social, o en su defecto, el "contrato" social, ello también implica que en su consciencia se desarrollen categorías que justificarán dichos actos.

(8) Téngase en cuenta que en concreto, esta reproducción, se enmarcará dentro de los límites estrechos que el capitalismo atrofiado representa, pues este no es industrializado, de predominancia en los servicios, manufactura y la extracción de minerales, gas y petróleo, sin que se haya resuelto el problema de Estado Nación, las contradicciones entre el campo y la ciudad, entre otros, que son problemas prácticamente de una herencia política del siglo pasado. En adelante al referirnos al capitalismo, estamos haciendo referencia a este tipo.

interiores imprenta.indb 49 06/06/2017 06:37:40 a.m.

2. Derecho en general, fases de desarrollo de la sociedad y consciencia social

El Derecho, en una determinada sociedad, se nos presenta como fórmula cristalizada de las relaciones sociales necesarias para el desarrollo y consolidación política, económica e ideológica del sistema, en consecuencia, la conducta del hombre se orienta hacia dichos fines, garantizando que las actuaciones de los agentes organizados, de la sociedad en su conjunto y sus instituciones se enmarquen dentro de ella.

Sin embargo, alcanzado un grado de desarrollo y una fase determinada, el sistema económico comienza a manifestar, en mayor magnitud contradicciones que aparecen ante la sociedad como problemas en la distribución de la riqueza, la propiedad de los recursos existentes, el costo real de la fuerza de trabajo, los impedimentos para el acceso o adquisición de los medios de desarrollo existencial del hombre (incluso los mínimos), entre otros.

Esta situación, *en un primer momento*, se erige ante la consciencia de los sectores más favorecido por la etapa de prosperidad como la **contradicción entre el medio social existente** (determinadas por las relaciones sociales de producción existentes), o *lo que es*, y **los altos ideales de justicia o valores morales en su sentido abstracto** o lo que *debería ser* [(9)], ese "debería" tiene como objetivo enrumbar el comportamiento del *hombre*- así de general- hacia dichos valores, abstrayéndose de las condiciones materiales de existencia y los factores reales que han hecho llegar al estado de crisis y que son la causa generadora de ella en toda la sociedad, lo que resulta patente en los conflictos sobre privatización de lo público (Salud, Educación, etc.), apoyo del aparato estatal a las empresas de capital extranjero en detrimento del capital nacional, ruina y miseria de los sectores de la pequeña producción mercantil, entre otros, donde se exaltaría- desde esta *dicotomía ser y deber ser*- la injusta situación en la que viven estos sectores explotados y que "debería ser" distinto, un panorama de "justicia social", sin embargo, el alcance de dicha justicia estará limitada por la formación ideológica realizada en las instituciones del sistema, por lo que, primero, existe ya una garantía de no salirse de los "justos límites" para su "solución" y alcance (nunca se alcanza) de dicha justicia y segundo, evitar desarrollar e interpretar la justicia desde la praxis misma del movimiento de masas, esto es, desde la lucha concreta del pueblo hacia la conquista de *su* justicia (y no justicia en sentido general), lo que implica muchas veces irse más allá de los "justos" límites impuestos por la Ley o la Constitución.

De allí, resulta fundamental también entender la relación entre las instituciones o aparatos ideológicos y las ideas que se gestan en la consciencia de los hombres de una determinada sociedad, ya que, "no es que las instituciones generen estas

(9) De allí que se pueda caracterizar esto –desde nuestra concepción– como aquello imaginado o pensado que debería existir en la sociedad, que como producto de la formación ideológica a través de las instituciones (como la escuela, la familia, y otros), representa el conjunto de valores morales necesarios correspondiente a la fase y grado de desarrollo máximo al que puede alcanzar la cultura en una sociedad.

interiores imprenta.indb 50 06/06/2017 06:37:40 a.m.

ideas, [ya que, por el contrario] las instituciones y las ideas surgen como consecuencia de la necesidad de "fijar" hábitos de relación y coexistencia dentro de la sociedad y consecuentemente, deben corresponder al tipo de sociedad dentro de la que se dan. El nivel de los conocimientos (nivel de las fuerzas productivas) y las relaciones sociales entre los hombres (relaciones sociales de producción) se reflejan en ellos, de manera tal que *si corresponden plenamente las "ideas" con lo que está sucediendo en la "realidad" de cada momento, habrá armonía entre lo que se piensa y lo que sucede, pero si no hay correspondencia, habrá conflicto entre "la manera de ver" y la "manera de ser" de una sociedad o grupo* [clase social, para ser exactos]. Aquella expresión de "no entiendo lo que está pasando" es un buen indicador de una crisis entre la superestructura y la infraestructura"[10](Cursiva y corchetes agregado).

Este "no entender lo que pasa en la sociedad", es lo que llevará a ciertos sectores de la sociedad, a plantear y ensayar soluciones dentro de los márgenes estrechos de la legalidad burguesa sin la posibilidad de salirse de dichos límites, límites que estarían "justificados" por la ideología dominante (y sus ideólogos) a través de sus medios de información. Si bien resulta justo y razonable su idealismo moral (su idea sobre la justicia social, un mundo de paz, entre otros), esta sólo se alcanzará a través de incidir y sustentarse sobre las causas generadoras, formas reales o el ser social de la sociedad, porque si se *desea* empujar la conducta de los miembros de la sociedad hacia valores abstractos aprehendidos y adquiridos en el medio social, esto sólo incidirá sobre sus formas de pensar y omitirá que la construcción de dicho pensamiento tiene su base material en las relaciones de producción, resultando así, una intención "buena" que deja intacto la base creadora de dicha "forma de pensar", que de ser "novedosa" sólo será incluida dentro del proceso de reorganización del Estado en su fase de crisis y que será condenada a perecer en su desarrollo, por lo que, esta idea o propuesta "novedosa" será coaptado por este estado de cosas y en consecuencia, obligado a involucionar, degenerar y asumir las características y la orientación de las relaciones sociales de producción dominante en decadencia.

Así, debemos agregar que los valores abstractos o las formas de pensar, sobre la justicia, el orden, la paz, etc. que uno considera adecuadas para la sociedad, se encuentran determinadas por las relaciones sociales de producción, y frente a un estado de cosas establecidas, se pueden manifestar en el proceso futurible de transformación y de conquista estables, a condición de luchar por la sustitución de dichas relaciones sociales de producción (Modo de producción), expulsar las corrientes ideológicas contrarias a estas nuevas formaciones sociales económicas (Ideología) y se ejerza una defensa por los sectores que exigen su cambio real y sean estos los más consecuentes de la inmensa mayoría de nuestro pueblo (Estado), es a partir de este nuevo orden de estado de cosas de donde puede emerger nuevos valores de conformidad con su nueva base de relaciones sociales de producción que la sustente sin requerir la culminación o consolidación total de dichas

(10) GUILLERMO LUMBRERAS, Luis, La Arqueología Como Ciencia Social, Editorial, Inca S.A., Lima, 1981, p. 154.

interiores imprenta.indb 51 06/06/2017 06:37:41 a.m.

relaciones, sino que el mismo proceso enseñará y materializará dichos valores en los hombres del pueblo que asuman dicha tarea, transformándose de esta forma el idealismo moral en ideales alcanzables en su sentido objetivo, esto es, materialista.

En ese sentido, al analizar las relaciones sociales de producción y las formas en que se materializan, se observa que en su dimensión objetiva, el modo de vida (lo que es) y la forma de ser (las formas en que se presenta ante nosotros ese modo de vida) se encuentran vinculados y se corresponden como unidad dialéctica, en la que el modo de vida desarrolla y condiciona la forma de ser de la sociedad. Es por ello que la sociedad debe ser analizada a través de su modo de vida (en sus relaciones sociales de producción específicas) en general, y las etapas del desarrollo de la sociedad capitalista atrofiada, en particular, y estas son: prosperidad y crisis, esta última comprende a su vez las fases de superproducción, estancamiento y crisis propiamente dicha[11].

Teniendo en cuenta ello se puede comprender que aquella situación de crisis existente y que es expresado a través de un "no entiendo lo que está pasando" representa (y refleja) el modo de vida y sus relaciones sociales de producción existente en crisis que exigen ser cambiadas.

En un *segundo momento*, se presenta ante las conciencia social con más claridad lo irremediable de las contradicciones existentes, y en esta etapa las clases dominantes ven con preocupación y angustia el peligro de su modo de existencia que hasta este entonces no había sido cuestionado o era sencillo de canalizar a través del aparato Estatal para su *tratamiento*[12], así la voluntad de clase se va manifestando más explícita a través de la imposiciones regulativas en materia educativa, de la seguridad ciudadana, seguridad social, trabajo, familia, entre otras, orientadas a perjudicar las conquistas alcanzadas por la clase trabajadora en general y mantener los privilegios provenientes de la explotación de la fuerza de trabajo.

De esta forma las contradicciones suscitadas en la sociedad adoptan su forma en las contradicciones referidos a la propiedad y distribución de la riqueza producida en el país, el abaratamiento del costo real de la fuerza de trabajo y el mayor movimiento de dinero para el consumo, son las formas principales en que se manifiesta la política económica erigidas en normas, que cristalizan la voluntad de las clases dominantes, para conservar sus privilegios y evitar cualquier transformación sustantiva.

(11) Véase: Marx, Karl, en "Discurso sobre el Libre Cambio", en *Miseria de la Filosofía o Respuesta a la Filosofía de la Miseria del Señor Proudhon,* Editorial Progreso, Moscú , s/f. pp. 174-188. En ese sentido se refiere Marx a sus observaciones respecto de los vaivenes del desarrollo del Capitalismo.

(12) Téngase en cuenta que no nos referimos a la *solución*, sino a la prolongación de la situación de miseria y explotación que viven los trabajadores, convirtiéndose estas necesidades del pueblo en un negocio lucrativo para abogados y juristas burgueses o burocratizados, lo que implica, no proporcionar la solución definitiva a los problemas porque hacerlo sería arruinar su forma de vida.

interiores imprenta.indb 52 06/06/2017 06:37:41 a.m.

Por ello, se puede advertir que la no distinción de las relaciones sociales de producción que conforman la sociedad y la ausencia de un estudio desde una concepción realista, no permitirá cambio significativo alguno, toda vez que la re-organización o reacomodo de dichas relaciones sociales en época de crisis sólo prolongará el cambio que pueda realizarse, de allí que la solución definitiva tendrá que ser asumida por los sectores mayoritarios del pueblo, organizados y provisto de las armas ideológicas que fortalezcan sus intereses y expulsen la ideología de las clases dominantes de su seno.

3. Hegemonía ideológica y tipos de funciones del derecho en las fases concretas del desarrollo de la sociedad

Producto de lo anteriormente establecido, se puede entender claramente las funciones y el papel que asumen en el plano ideológico las clases dominantes en la sociedad, distinguiéndose <<…dos grandes "capas" superestructurales: la llamada, por así decir**, "sociedad civil**", que abarca al conjunto de organismos vulgarmente denominados "privados" **y la** "**sociedad política o Estado**", que corresponde a la función "hegemónica" que el grupo dominante ejerce sobre toda la sociedad y al "poder de mando directo" que se manifiesta en el Estado y en el gobierno "jurídico"[toda clase, para afirmar su poder, debe ejercer la dictadura-dominio- sobre las clases antagónicas, pero al mismo tiempo debe asegurarse la dirección -intelectual y moral como parte de la hegemonía- de las clases y capas no antagónicas, (véase el pie de página N° 15)]. Estas funciones son, precisamente, organizativas y de conexión. Los intelectuales son los "empleados" del grupo dominante a quien se les encomienda las tareas subalternas en la hegemonía social y en el gobierno político, es decir, en el consenso "espontáneo" otorgado por las grandes masas de la población a la directriz marcada a la vida social por el grupo básico dominante, consenso que surge, "históricamente", de prestigio- y por tanto, de la confianza- originado por el grupo prevalente por su posición y su papel en el mundo de la producción, y en el aparato coercitivo estatal, que asegura "legalmente" la disciplina de los grupos activa o pasivamente en "desacuerdo", instituido no obstante para toda la sociedad en previsión de momentos de crisis de mando y de dirección cuando el consenso espontáneo declina>> (resaltado agregado)[13]

Es por ello que, en épocas de *prosperidad económica,* la hegemonía ideológica de las clases antagónicas y la dirección ideológica y moral de las capas no antagónicas por parte de la clase dominante le permite la destrucción organizativa e ideológica de las fuerzas progresista o revolucionarias que luchan en sus organizaciones de clase, despolitizándolas o alienándolas, así, se introducen en el seno del movimiento sindical ideologías ajenas a sus intereses, hegemonizando sobre

(13) GRAMSCI, Antonio, La Formación de los Intelectuales, Editorial Grijalbo, México, 1967, p. 30-31. Gramsci manifiesta su análisis sobre el papel de los intelectuales que son funcionarios del aparato estatal, nosotros extendemos esta figura a la voluntad de la clase dominante que se manifiesta en el "uso" de dichos intelectuales para ejercer cierta funciones en concordancia con sus intereses dentro del aparato estatal, por eso, nos intereses principalmente referirnos en la cita hecha a la *sociedad política o Estado*.

interiores imprenta.indb 53 06/06/2017 06:37:41 a.m.

lo "bueno" o "malo" de sus métodos o medios de lucha, de esta forma la función hegemónica se desarrolla como producto de la necesidad que exige el conjunto de relaciones sociales de producción: aumento de capitales sin impedimento fáctico para explotarlo (ni impedimento por los trabajadores ni los poderes del Estado). Esto no es un acto de "buena o mala voluntad" de una clase o gobernante, sino de una política que corresponde al grado de desarrollo de sistema económico a que esta clase o gobernante responde.

Por otro lado, el llamado "consenso" espontáneo, representa el reordenamiento por el desgaste político de las clases dominantes, quienes se verán obligados a "renovar" su forma de hacer política a través de la "novedad", lo que resulta siendo un intento de eliminar o minimizar el "desacuerdo", reordenándose en su forma pero manteniendo intacto su esencia explotadora.

Así, el trabajo de organización y de conexión, que es llevado a cabo por los sectores de la clase media, para afianzar el prestigio y la confianza en las instituciones burguesas (algunos se refieren a "la defensa de la institucionalidad" [burguesa], para ser más exactos), resulta como consecuencia de la posición que ocupan dentro de las relaciones sociales de producción y la identificación a dichas posiciones que garantizan su forma de vida.

Es por ello que en los inicios de la decadencia del sistema social, en general, que representa los primeros gérmenes del modo de producción en degeneración y de la máxima extensión y profundización que alcanza el sistema económico, se desarrolla en el plano ideológico como una lucha contra toda forma que hasta ese momento han sido planteados en la conciencia de los hombres como conceptos correctos de reglas, hábitos, costumbres, etc. y que han servido de vínculo con las instituciones que las cristalizan, como por ejemplo en la escuela, los órganos jurisdiccionales, la televisión, entre otros, llevándolos a adoptar determinada conducta social respecto de dichas instituciones.

Posteriormente, entrando a la fase de *superproducción*[14] en el plano económico, la posición de las personas de las clases sociales se perfilan con mayor claridad

(14) Los que propugnan que la fase correspondiente es la "desaceleración", interpretan el fenómeno social del capitalismo desde una óptica empírica y tangencial, esto es, que lo observan como fenómeno social que se está deteniendo por factores externos, y en consecuencia, plantean que se "desregule" o se elimine la "tramitología", estas prédicas no pueden observar que, el capitalismo llegado en una fase de su desarrollo comienza a entrar en crisis pero no por la existencia de factores externos, sino porque es una fase "normal" dentro del desarrollo del capitalismo ligado a sus contradicciones internas en pleno desarrollo, por lo que en última instancia el discurso de la desaceleración busca eliminar cualquier traba que impida, una vez llegado la etapa inicial de crisis: superproducción, la explotación en cualquier sector: Minería, Servicios, Ambiente, Trabajo, entre otros. En consecuencia, al plantearnos la fase de la *superproducción*, nos referimos a que llegado a una fase del desarrollo del capitalismo, la sociedad se encuentra impedido de adquirir los bienes y servicios que producen, a pesar de que existe más producción de los que se necesitaría, y es en este momento que observamos que esta contradicción entre la excesiva producción y la imposibilidad de su adquisición por los miembros de la sociedad nos llevaría a cuestionar al sector que es dueño de los medios de producción y la vida en pobreza de los trabajadores, quienes sólo tienen su fuerza de trabajo para sobrevivir. Esta observación no es posible concebirla dentro del análisis de la "desaceleración" como concepto.

interiores imprenta.indb 54 06/06/2017 06:37:41 a.m.

y realismo ante su consciencia, y en la historia se han dado de la siguiente forma: o se desarrolla la crítica develando la esencia de los fenómenos sociales en su real dimensión ante las clases no antagónicas y antagónicas para orientarlas a la solución definitiva de sus problemas y con ello se propugna una actitud favorable al cambio, o se toma una actitud pasiva u omisiva, que por no ganarse un conflicto, evita todo problema y deja todo como está, divorciándose del medio social, lo que se orientaría a dejar que las clases sociales dominantes, consciente o inconscientemente, realicen su reordenamiento en las crisis de mando y de dirección y continúen explotando a los trabajadores, y por omisión se estaría dejando que continúe así el estado de cosas existentes y se deje pasar las demandas que nuestro pueblo exige para solucionarlo sin darle una misión emancipadora.

Por ello en esta lucha, que en sus inicios se constituye como lucha ideológica, <<no se trata de imponer "una manera de ver" sobre otra, [sino] en realidad se trata de mantener o propender al cambio de "una manera de ser" de la sociedad>> (corchetes agregados).(15)

Visto los puntos anteriores, la función crítica del Derecho es una necesidad histórica, ya que estamos viviendo en una etapa del desarrollo de la sociedad caracterizada por la decadencia y crisis, lo que se muestra claramente en las formas de abordar los problemas, en los prejuicios abundantes y la judicialización de los problemas sociales, que en última instancia sólo son formas de reordenar, incorporar o tratar los problemas sociales sin buscar soluciones reales en beneficio de las amplias masas y su lucha contra la explotación.

Por otro lado tenemos, que las relaciones sociales de producción imperantes, desenvuelven necesidades de reproducción para la conexión y reordenamiento entre la ideología de la clase dominante y los sectores populares, que se origina como producto de las necesidades concretas para seguir reproduciendo la forma de vida que las clases dominantes tienen, así, resulta importante la lucha contra hegemonía ideológica dominante para revertir la orientación de la dirección intelectual de las clases no antagónicas hacia el cuestionamiento de fondo y asegurarse frente a la crisis que esta propugnen el cambio del estado de cosas actual.

Frente a ello, se presenta ante nosotros la necesidad de desarrollar un Derecho, que contenga como base las necesidades, aspiraciones y la ideología del pueblo, que por su posición en el proceso de producción es explotado y carece de los medios para hacerse justicia.

En ese sentido, se orienta una función revolucionaria del Derecho, donde se va develando la actuación de las clases dominantes y se desarrolla y construye un camino que contribuya a desarrollar la consciencia social para nuestro pueblo y se constituya este como centro de las transformaciones sociales que nuestro país necesita.

(15) GUILLERMO LUMBRERAS, Luis, La Arqueología Como Ciencia Social, Editorial, Inca S.A., Lima, 1981, p. 155.

interiores imprenta.indb 55 06/06/2017 06:37:41 a.m.

III. FUNCIÓN CRÍTICA EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

En las líneas anteriores hemos expuesto las bases generales por las que debe ser atravesada el Derecho en general, y en particular en Derecho al Trabajo, de tal forma que este ponga como centro de su interpretación las condiciones materiales de existencia de la clase trabajadora, sin embargo, no puede limitarse esta a luchar por valores abstractos y vacíos de contenido, por el contrario, esta debe orientarse a la transformación de las condiciones materiales mismas de la clase trabajadora, construyendo el análisis y la interpretación de las demandas y aspiraciones emancipadoras del pueblo en su lucha contra la explotación, de allí que nos adscribimos a la *corriente crítica del derecho*, como institución que puede dar la batalla hacia dicha orientación.

A continuación manifestaremos ciertas características de dicha corriente y su aplicación práctica en la lucha iniciada por la clase trabajadora en nuestro país, referidos a *la lucha por la reposición*, debiendo contextualizarse lo siguiente: Que posterior al año 2000, donde se vive un ambiente "democrático" burgués, la clase trabajadora carecía de organizaciones altamente ideológicas y combativas para defender sus intereses luego de una proscripción abierta que se hicieran a partir del año 1993, sin embargo durante el 2000 hasta el 2015, se ha vivido una etapa de *prosperidad* económica, implementándose medidas para acelerar el proceso de acumulación de capital en detrimento de los derechos de los trabajadores, sin embargo la clase trabajadora vía judicial continu**ó** la lucha hasta alcanzar ciertas interpretaciones del Tribunal Constitucional, concordante con los principios protectores del derecho al trabajo, como lo veremos adelante, así, posteriormente al 2015 y en la actualidad se vienen implementando leyes y promulgando normas que tiene como objetivo otorgar mayor liquidez a los trabajadores e incentivar el consumo de la población para "reactivar" (salvaguardar) la economía (burguesa).

Dicho lo anterior, solo resta añadir la necesidad de comprender, dentro del derecho del trabajo, que la situación de la clase trabajadora no puede ir desligada de una actitud y una concepción que sigan insistiendo en la conservación del estado de cosas que actualmente se viven, es deber del estudiante y el prototipo de jurista comprometido con la causa de los trabajadores encarnar la propuesta de cambio y llevarla a la práctica.

1. Lucha contra la reglamentación de la lucha de clases

La Corriente Crítica del Derecho del Trabajo al aplicar el método dialéctico a la historia de la lucha de los trabajadores en la conquista de sus derechos, advierte que el derecho del trabajo, en el capitalismo, busca regularizar la lucha de clases, esto es, *reglamentar la confrontación* entre los dos sujetos del proceso del trabajo y evitar de esta forma un enfrentamiento que altere la paz social.[16]

(16) CORREAS VÁZQUEZ, Florencio, La Sociología del Derecho Laboral, Revista Crítica N° 17, Agosto-2000, pp. 84

interiores imprenta.indb 56 06/06/2017 06:37:41 a.m.

De esto, se desprende con claridad, los tipos de norma que reglamenta la lucha de clases: Normas Técnicas y Jurídicas, las primeras tienen como base fundamental la unidad de fines, la otra, el antagonismo de los intereses privados.(17)

Para las ***Normas Técnicas***, dicha unidad de fines, tanto para el derecho en general y para el derecho al trabajo en particular, representa el grado de la reproducción de las relaciones sociales y de la fuerza de trabajo que se pone en acción en el sistema económico para alcanzar sus objetivos, por lo que se podría entender como una forma de desarrollo y reproducción del sistema económico tal y como es, en el proceso de consolidación y expansión.

Esta reproducción de las relaciones sociales y la fuerza de trabajo se manifiesta con la garantía de que el trabajador durante el tiempo de contratación adquirirá las mercancías necesarias para su existencia y la de su familia (fuerza de trabajo futuro y en desarrollo), además, que como clase social, no se extinguirá garantizando ser fuente de riqueza y generador de valores hasta que sea sustituida, así, dentro de este proceso, la expansión del tipo de relaciones sociales de producción capitalistas se desenvuelven y consolidan al hacer que la vida del trabajador tenga que sujetarse al modo operante de dichas relaciones sociales, de tal forma que el trabajador se verá envuelto por un conjunto de exigencias que estas relaciones sociales le imponen para que pueda poner en movimiento su fuerza de trabajo y venderla.

La fuerza expansiva de las relaciones sociales de producción en nuestro país más el dominio político de la clase dominante instaurado, a través de dichas normas, erige sobre la consciencia hegemónica el no cuestionamiento ni entendimiento del tipo de relaciones de producción que se implementan, es por ello que el Derecho al trabajo mediante estas normas se orienta únicamente hacia el acoplamiento de los fenómenos que se ha llamado flexibilidad laboral, permitiendo que las instituciones del derecho del trabajo sean interpretadas a favor de ella.

Para la clase trabajadora, esta implementación de dichas normas, no busca unirlos a todos para un fin de aumento de su bienestar sino para la extracción de cada vez mayores cuotas de plusvalía y que de acuerdo a la fase de desarrollo de sistema económico, su dinámica variará.

(17) PASHUKANIS, E. B. *Teoría General del Derecho y Marxismo.* Trad. Virgilio Zapatero, editorial Labor Universitaria, Barcelona, 1976, 61- 69. Ejemplificando, Pashukanis refiere que las normas jurídicas que regulan las responsabilidades, en el caso de ferrocarriles, presuponen exigencias privadas, en cuanto a las normas técnicas, la regulación del tránsito tendría un fin unívoco que es la consecución de la máxima capacidad de transporte. El primer ejemplo, para nuestro contexto puede asemejarse a las obligaciones que en materia de Seguridad Social, existe para el empleador y las consiguientes sanciones de no hacerlo, así, se le impone "invertir" en los condiciones de trabajo, de aquí nace la contraposición, entre la "ganancia" del capitalista y la inversión en la protección del trabajador. En el segundo ejemplo, al igual que los códigos de ética, llevan en sí el tipo de relaciones sociales adscritas al sistema económico, que al ser desenvueltas son exigencias mínimas que se imponen para que exista un estado de cosas "normal", así se reproduce la forma de vida existente, debe advertirse, por otro lado, que el tipo de transporte y de ética al que el hombre de una determinada sociedad, responderá a los factores culturales adscritas al tipo de sistema económico puesto que la forma de conducir o la ética profesional en el capitalismo varía en cada país.

interiores imprenta.indb 57 06/06/2017 06:37:41 a.m.

Por otro lado, las ***Normas Jurídicas***, aunque propiamente político- económicas, que al tener marcadamente un carácter antagónico entre las clases sociales, garantiza el clima jurídico- político necesario para desenvolver las exigencias del desarrollo capitalista atrofiado, que para el caso de nuestro país no hace más que profundizar la dependencia económica, y que se manifiesta a través de la eliminación sistemática y progresiva de los derechos de los trabajadores, reduciéndoles hasta lo indispensable para sobrevivir y reproducir su fuerza de trabajo, de esta forma se homogeniza la conducta social y el derecho se visualiza como herramienta de control social jugando un papel fundamental para las clases dominantes en cuanto impone los parámetros donde deben solucionarse los conflictos laborales.

Por ello, la reglamentación de la lucha de clases se orienta hacia el *tratamiento* de las ***contradicciones principales***, toda vez que el conflicto tienda a dirigirse sobre los intereses que incumben a los trabajadores directamente en contraposición a los intereses de los capitalistas (capital vs. trabajo), ***o accesorias*** cuando se refiera a los trabajadores y su interrelación con el régimen capitalista de forma general. Pero que de acuerdo al grado en que se encuentren las contradicciones de clase y el desarrollo de la consciencia de ellos, estos campos donde se dirigen las normas del Derecho en General pueden confundirse de tal forma que prevalezca totalmente el primero.

En ese sentido, toda la maquinaria jurídica encuentra como finalidad el desarrollo, consolidación y reordenamiento (o reorganización) de las relaciones sociales capitalistas de producción, que implican de forma general y principal la explotación a través de la apropiación de la riqueza generada por el trabajo ajeno, constituido como plusvalía, y en su forma específica, para el derecho, se manifiesta como desenvolvimiento, consolidación y reordenamiento del tipo de capitalismo existente en los países del Tercer Mundo.

2. Lucha contra el estado de cosas actual y las utilización de categorías abstractas

Además de lo antes descrito, la corriente crítica advierte que el fin último del derecho laboral, en el capitalismo (y de sus ideólogos, agregamos) es, primero, propugnar la protección de la propiedad privada de los medios de producción y, segundo, la reproducción de la fuerza de trabajo hasta el agotamiento que no signifique su desaparición como clase social, y ello puede establecerse incluso por debajo de los mínimos exigidos por la Ley[18].

De lo primero se desprende lo siguiente, el carácter de mercancía que asume la fuerza de trabajo y la apropiación del producto y el plusvalor en el proceso productivo, lo que es enmascarado en el desarrollo de las relaciones sociales

(18) CORREAS VÁSQUEZ, Florencio, La Sociología del Derecho Laboral, Revista Crítica N° 17, Agosto-2000, pp. 89.

interiores imprenta.indb 58 06/06/2017 06:37:41 a.m.

capitalistas, y su consiguiente, relaciones sociales jurídico-laborales. De esta labor de enmascarar también no son ajenos los juristas burgueses[19].

Se debe destacar el punto clave del entendimiento de la apropiación del producto creado por el trabajador en el capitalismo, que se establece con el contrato laboral, que al ser suscrito por el trabajador, inmediatamente se convierte en acreedor de un pago por la actividad que realizará, sin embargo, dentro del proceso de producción desenvuelve mayores valores que son retenido por el capitalista para su actividad privada y el desarrollo de su forma de vida, así, como el trabajador ya suscribió el contrato manifestando su "voluntad" (o su estado de necesidad de adquirir un trabajo) "libremente" por determinada cantidad de dinero, este deberá contentarse con ello y ni que se inmiscuya en lo acaecido en el proceso productivo ni se pregunte si dichos acontecimientos han dado mayor valor a lo determinado anticipadamente en el contrato suscrito por él, esto se simplifica en el capitalismo, con la idea de que la remuneración es "equitativa" o "suficiente", como lo establece la Constitución en su artículo 24, omitiendo mencionar que la base material de los beneficios sociales provienen de dicha formación de valores creada por su actividad (plusvalía) y que en la medida de que no se apunte al cuestionamiento de dichos valores y hacia donde son invertidos o si son redistribuidos o a quién pertenecen, estos seguirán siendo poseídos por las clases dominantes.

De lo segundo, sobre los "mínimos", que por lo general se pregonan como formulas a las que una vez alcanzadas puedan servir de parámetros para que "progresivamente" se implemente una política de Estado que proteja, respete y aplique como base del desarrollo social, con ello se buscaría que el trabajador no sea limitado en el ejercicio de los derechos constitucionales ni se le desconozca ni se le rebaje su dignidad, tal y como establece en su artículo 27 la Constitución, garantizando así su bienestar material y espiritual y se realice como persona. Sin embargo, dichos "mínimos" no son otra cosa que las fórmulas máximas de extracción de la plusvalía, mediante el cual el trabajador si quiere garantizar efectivamente una base de desarrollo tanto para él y su familia, tendrá la ardua tarea de organizarse para la defensa de sus derechos, ya que en la práctica, los mínimos no necesariamente tienen que ser impuestas por fuerza de la Ley, ya que en el conjunto de relaciones sociales de producción que se desenvuelven en el centro laboral, estas pueden exigirle al trabajador (no por fuerza de Ley), la necesidad de imponerse mayor carga laboral para conseguir una cantidad de dinero que le proporcione dicho "mínimo" existencial, de lo contrario al no asumir dicha carga, este se condena a que sea reemplazado o no tener una vida que le garantice las condiciones materiales de existencia "mínimas".

Es común por esto, que en la formulación de los "mínimos" se plantee como "misiones metajurídicas" la protección de la dignidad del trabajador de quien vive de su trabajo, y no se observe estos fenómenos sociales como consecuencia del proceso de concentración y centralización del capital o que resulta lo mismo su

(19) CORREAS VÁZQUEZ, Florencio, La Sociología del Derecho Laboral, Revista Crítica N° 17, Agosto-2000, pp. 86.

interiores imprenta.indb 59 06/06/2017 06:37:41 a.m.

proletarización, manifestándose así, la expansión de las relaciones sociales de producción capitalistas en la sociedad.[20]

A ello debemos agregar que, la indistinción con que se utilizan los principios (funciones u objetivos) del derecho laboral y las declaraciones ideológicas, diferenciándose en que la primera son abstracciones de la Ley que le dan coherencia, el segundo, "adorna" el discurso llenándolo de flores.[21]

Y en efecto, cuando se analiza a través de supuestos abstractos que son *misiones metajurídicas*, estas representan una contradicción por sí mismos, porque el hecho de plantearse ese tipo de misiones implica que en la sociedad hay condiciones materiales que no permiten la "dignidad del trabajador", "pleno empleo", "trabajo decente" y otras categorías similares, además, de que plantearlos como misiones que puedan ser materializados en una sociedad dividida en clases sociales resulta imposible, es por eso que los pregoneros de dichas "fórmulas" no escatiman esfuerzos para detener toda iniciativa de la clase trabajadora y acoplarla a los órganos Internacionales (ONG, OIT), ya que a través de la judicialización obtendrían la ansiada "justicia" y la consiguiente obtención de la "dignidad del trabajador" lo que resultaría sólo una forma de reproducir, vía proceso ordinarios laborales, las contradicciones entre capital vs trabajo dentro de los márgenes estrechos que impone el sistema económico.

Es por ello que, a estas premisas, para que dejen de ser misiones metajurídicas futuribles, se les debe dar una inversión dialéctica y a través del desarrollo de la lucha de la clase trabajadora, esta debe desarrollar su dignidad como trabajador en la construcción de una sociedad donde el trabajo sea organizado de tal forma que evite las vicisitudes que actualmente padece, a través de la retribución de la riqueza, y contribuya a que el trabajo sea cada vez más digno, todo ello dentro de una sociedad donde se sustituya la estructura dependiente y se oriente hacia la industrialización del país.

De esto resulta, la necesidad de que la clase trabajadora se independice como clase social y expulse de su seno las corrientes extrañas que distorsionan su papel de motor de la historia y con ello, generar consciencia de la necesidad de cambio y generar convicción sobre ello, sirviendo a los intereses de las grandes mayorías.

(20) MOLINA RAMOS, Gustavo, Las Características y los Principios del Derecho Mexicano del Trabajo (Contradiscurso), Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, 1987. p.79.

(21) MOLINA RAMOS, Gustavo, Las Características y los Principios del Derecho Mexicano del Trabajo (Contradiscurso), Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, 1987. p. 82.

interiores imprenta.indb 60 06/06/2017 06:37:41 a.m.

3. Aplicación práctica de las categorías de la corriente crítica a la lucha por la reposición laboral

Una institución del derecho laboral debe resaltarse: *el despido arbitrario*, que como mecanismo político de la clase capitalista, era utilizado para evitar la constitución de sindicatos y generar temor a los que se lo propusieran, ya que en última instancia representaba un mecanismo de intercambio rápido y sin trámite: despido por una suma de dinero.

Así, se había iniciado la lucha por la reposición, frente a ello, los ideólogos de la clase dominante justificaban siempre su actuación arbitraria, sin causa alguna ni motivo, amparado por la ley, y que por la necesidad de "modernizar" las relaciones laborales o que es parte de la "libertad" de todo empleador hacer lo que más conviene (para sus intereses, claro está) y que las normatividad nacional e Internacional(22) lo permitía.

Sin embargo, durante esta ardua lucha emprendida por la clase trabajadora en sede judicial, se consigue mediante la interpretación del Tribunal Constitucional en los Exp. N.° 1124-2001-AA/TC (11 de julio del 2002), Exp. Nº 976-2001-AA/TC (13 de marzo del 2003), Exp. Nº 0206-2005-PA/TC (28 de noviembre del 2005), las principales fórmulas protectoras para la lucha en "igual" de condiciones para la clase trabajadora.

De esto se debe destacar la figura de *despido lesivo de derechos fundamentales*, lo que permitiría, como categoría genérica, ser herramienta eficaz para denunciar las prácticas antilaborales de la patronal, ya que al poner en el centro que los despidos nulos, fraudulentos e incausados pueden ser materia de vulneración de los derechos fundamentales como el debido proceso, derecho a la defensa, al trabajo, entre otros, no lo restringía a lo que la ley podría establecer taxativamente, sino interpretaba ampliamente cualquier actuación de despido, la cual puede resultar como potencial actuación lesiva de los derechos fundamentales, resultando así, importante para la lucha por la reposición.

Posteriormente, se vienen desarrollando una tendencia regresiva hacia la eliminación sistemática de estos criterios en detrimento de los derechos de los trabajadores, orientados a crear categorías jurídicas que justifiquen el despido únicamente a cambio de una indemnización o entorpeciendo su exigibilidad ante los juzgados, en esa línea vienen fundándose en su temor hacia la "estabilidad

(22) Tanto el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derecho Humanos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en su artículo 7 inciso d) y el *Convenio 158 de la OIT, en su artículo 10*, refieren que frente a despidos injustificados se pueda indemnizar, readmitir en el trabajo u otra reparación prevista en la Ley Nacional o que este considere adecuada. Esta remisión a "La ley Nacional" o lo "que se considere adecuado" se encontrará limitado por los intereses que sean cristalizados en dicha Ley y qué tan adecuado sea para dichos intereses la utilización de los mecanismos de la indemnización o reposición en su beneficio. Puesto así las cosas, se entiende que dependerá de la fase de desarrollo en que se encuentre la sociedad y el grado de consciencia que una u otra clase emprenda o para cambiar el estado de cosas o dejar que se siga manteniendo intactas.

interiores imprenta.indb 61 06/06/2017 06:37:41 a.m.

laboral absoluta"[23], como es el caso de la Casación N° 3034-2009-Huaura (26 de agosto del 2009), donde se manifiesta que el trabajador demandante que opte por una protección de carácter restitutorio, dentro de un proceso de nulidad de despido en vía ordinaria laboral deberá necesariamente sustentarse en alguno de los supuesto del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, distinguiéndose de esto la posibilidad de que exista una categoría llamada despido lesivo de derechos fundamentales, y que si bien el despido que pueda originarse puede ser lesivo de derechos fundamentales si no está dentro de esos supuesto planteados por la ley, no permitiría la exigibilidad de la reposición.

Esto quiere decir que la "objetividad" estaría dada por la Ley, y que los que deseen solicitar reposición tendrán que adecuarse a dichos supuestos, creando de esta forma una lógica restrictiva y entorpecedora de la defensa de los derechos de los trabajadores, como si la objetividad de la vulneración de los derechos de los trabajadores no residiera en la objetiva relación de subordinación y dependencia en que se encuentra el trabajador en el desarrollo de sus actividades o peor aún, no se entiende que la Ley dentro de un contexto histórico y político se haya diseñado de tal forma que se considere como nulo ciertos supuesto dejando de lado otros, en evidente condición desfavorable para el trabajador, más aún si se tiene que la sociedad en su desarrollo va generando categorías acorde al avance y progreso, como el *despido lesivo de derechos fundamentales*, y estas categorías se deben interpretar a la luz del principio protector evitando la regresión de los derechos laborales.

En ese mismo sentido el Exp. 05057- 2013- PA/ TC (16 de abril del 2015), representa la imposibilidad de reponer, para el sector público, a menos que se haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuesta y vacante de duración indeterminada, eliminando la posibilidad de la categoría de desnaturalización de los contratos, todo ello dentro de un contexto de implementación de las políticas de reestructuración del Estado, reflejado mediante la Ley de Servicio Civil y otras, esta a su vez dentro del contexto de superproducción.

A pesar de ello, cierta corriente democrático- constitucional comenzó a no aplicar dicho "precedente", lo que originó cierta acción para limitar y evitar un desborde de

(23) El profesor Jorge Rendón Vásquez, en su artículo *La estabilidad en el Trabajo y los samuráis,* manifiesta lo siguiente: "**En el trabajo dependiente la estabilidad nunca es absoluta**. Si la fuera, el trabajador no podría ser retirado del empleo aunque cometiera falta grave o se invalidara para el trabajo, o la empresa tuviera graves motivos que le impidieran continuar la labor encomendada. El único caso de estabilidad absoluta sería el del dueño de la empresa registrado como trabajador de ésta, que no podría despedirse a sí mismo, salvo que estuviera loco**. La estabilidad laboral, en consecuencia, siempre es relativa**. El trabajador debe permanecer en el empleo mientras no haya una causa justa para despedirlo. Es la regla central de la utilización de la fuerza de trabajo ajena. Esa causa debe ser tipificada por ley por su importancia, como en el Derecho Penal. No puede quedar librada a la voluntad del empleador ni a la del juez. El efecto jurídico de este derecho del trabajador es su retorno a su puesto con el goce de los salarios caídos si el empleador no prueba la causa justa. Es un derecho del trabajador y no del empleador. Si fuera del empleador, éste podría despedirlo cuando quisiera y cambiar la reposición en el trabajo por el pago de una indemnización. Ejecutando su derecho, el trabajador puede decidir cobrar la indemnización en lugar de ser repuesto con el goce de las remuneraciones no pagadas". Disponible en: http://grancomboclub.com/2015/05/la-estabilidad-en-el-trabajo-y-los-samurais.html

interiores imprenta.indb 62 06/06/2017 06:37:41 a.m.

inaplicación, ya que, mediante la Casación Laboral Nº 12475-2014-Moquegua (17 de diciembre del 2015), se trató de reorientar a que las sentencias futuras no entren en conflicto con la implementación de la Ley de Servicio Civil, y otras, que se viene promulgando para "reactiva" la economía burguesa.

Proyectando la regresión de los derechos de los trabajadores que habían sido formalmente considerados como criterios interpretativos del Tribunal Constitucional, se materializa en el Exp. 1647-2013-PA/TC (03 de noviembre del 2015)[24], una criticable interpretación "originalista" de la Constitución, que sostienen que con la actual Constitución se estaría dejando de amparar un régimen de "estabilidad laboral absoluta" y en consecuencia, la reposición no sería un mecanismo adecuado de protección contra el despido arbitrario. Apoyándose en los Instrumentos Internacionales citados líneas arriba, agrega su "nueva" línea interpretativa sobre el derecho del trabajo (aunque, como advierte el Magistrado Saldaña Barrera, debió referirse a la libertad de trabajo)[25] vinculada a las premisas de la libre iniciativa privada y la competencia.

Hasta allí, el Tribunal al utilizar el "método" histórico para justificar su posición, no evalúa las categorías laboralistas en movimiento ni en interacción con el conjunto de relaciones sociales a la que el trabajador se encuentra sujeto.

En ese sentido, al utilizar dicha frase de "estabilidad laboral absoluta" lo haría como si la clase trabajadora, en las condiciones económicas existentes, podría establecerse perennemente en un puesto de trabajo, cuando el sistema económica por su propia dinámica ha desarrollado una división entre individuos que sólo poseen su fuerza de trabajo y aquellos que poseen los medios de producción, y en consecuencia el poder de contratación siempre estaría limitado a la cantidad indispensable para satisfacer la producción capitalista, la que no se condice con las necesidades de las grandes mayorías sino que se orienta a la satisfacción de la acumulación de capital, de ello se desprende la contradicción entre la cantidad existente de fuerza de trabajo y la cantidad efectivamente utilizada de dicha fuerza

(24) Los fundamentos de los votos de los Magistrados Ledezma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera no se adscriben a los fundamentos expuestos en la sentencia.

(25) En dicha Sentencia manifiesta lo siguiente: "…derecho al trabajo comprende una protección en sentido positivo que implica permitir la realización de labores lícitas por parte de las personas; y, de otro lado, una protección en sentido negativo, que garantiza a las personas que no serán forzadas a realizar labores en contra de su voluntad, lo cual comprende la facultad de renunciar a su trabajo" (Fundamento 21). En la vida del trabajador, realmente no es que se le "permita" realizar tal o cual labor, por el contrario, el trabajador está obligado por una necesidad existencial si no desea morirse de hambre y hacer perecer a su familia, incluso si eso lo lleva a hacer "labores ilícitas" como las labores de los trabajadores ambulantes que son perseguidos por los Fiscalizadores Municipales, además, en la actualidad no se requiere de que se proteja al trabajador de labores que atenten contra su voluntad, porque si el trabajador si no quiere ser despedido tendrá que realizar actividades que estén en contra de su voluntad, incluso de sus principios, pero ¿puede renunciar?, eso dependerá si consiguió una actividad en otro centro laboral con mayor remuneración(como salida individual) o está altamente organizado que pueda dar lucha (como salida colectiva), de ahí que dicha "facultad" de renunciar es más una declaración ideológica y por tanto inexistente, puesto que mientras las condiciones materiales de existencia sigan siendo una determinante, y como lo es en este sistema económico, estas categorías abstractas no resistirán el mayor análisis materialista.

interiores imprenta.indb 63 06/06/2017 06:37:41 a.m.

en la producción, lo que originará una fuerza inutilizada y que formará una reserva, la que producto de la "libre competencia" al entrar en el mercado, se confrontará con sus iguales para dar cabida al abaratamiento del valor de la fuerza de trabajo.

De esto resulta que el planteamiento de "pleno empleo" resulta ser una declaración ideológica y un imposible en las relaciones sociales de producción capitalista ya que durante la contratación el capitalista por su poder de dirección y mando puede poner en "competencia" al trabajador bajo la amenaza de no renovación o de contratación con en algún régimen que excede los mínimos existenciales, lo que imposibilita la existencia de una estabilidad laboral "absoluta".

A pesar de ello, resulta fundamental destacar que la exigencia inmediata de la estabilidad laboral en el centro de trabajo, es combatida por la patronal mediante la toma de medidas antisindicales promovidas por ello, para evitar su creación y fomento. De allí que se desee por los empleadores más reaccionarios su eliminación, a pesar de que en la realidad tanto la indemnización y la reposición son mecanismos que se utilizan en la vía ordinaria laboral.

Debemos advertir que la reposición, la indemnización u otro mecanismo similar, no dependen de la utilización "efectiva" de las categorías abstractas en la práctica jurídica ni en la misiones metajurídicas de pleno empleo o trabajo digno, sino de las relaciones sociales que se materializan en el conflicto capital vs trabajo: lucha de clases y el grado de desarrollo económico en que se encuentra la sociedad, estos elementos nos pueden dar con facilidad hacia donde será el viraje de la elección, o la clase trabajadora se encuentra altamente dispuesta a combatir por sus derechos y organizarse en la etapa de superproducción, evitando que le sea cargado la crisis económica o se eliminen progresivamente mediante toda clase de artificios jurídicos y volvemos, para este caso, a la indemnización como única medida ante el despido arbitrario.

IV. CONCLUSIONES

Para el Derecho en general, y el Derecho del Trabajo en particular, la comprensión de las relaciones sociales de producción como mecanismo interpretativo nos lleva a entender la esencia del Estado, de los individuos que adquieren dimensiones protagónicas en la lucha de clases, las fases de desarrollo económico y de las instituciones laborales, así no solo nos permite indicar la esencia de la crisis para apuntar a su solución definitiva, sino al cuestionamiento del tipo específico de relaciones sociales de producción que se desenvuelven en nuestro país y no perder la visión emancipadora para las inmensas mayorías.

La función crítica del derecho del trabajo, representa la forma de manifestar la concepción materialista de la historia de la clase trabajadora, fundándose en la crítica al sistema económico y asumiendo las aspiraciones y demandas de la inmensa mayoría explotada en la conquista de sus derechos.

interiores imprenta.indb 64 06/06/2017 06:37:41 a.m.

En la situación actual en que se encuentra el grado de desarrollo de la economía referido a la lucha por la reposición, se entiende que está, al igual que otros derechos laborales conquistados por los trabajadores, en una fase de regresión explicada por la decadencia de las relaciones sociales de producción que exigen su cambio.

V. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- PASHUKANIS, E. B., Teoría General del Derecho y Marxismo. Trad. Virgilio Zapatero, editorial Labor Universitaria, Barcelona, 1976.
- RENDÓN VASQUEZ, Jorge, El Derecho Como Norma y Relación Social (Introducción al Derecho), Editorial Tarpuy, Perú, 1984.
- MARX, Carlos, Contribución a la Crítica de la Economía Política, Ediciones Populares, Lima- Perú, s/f. p. 12.
- GUILLERMO LUMBRERAS, Luis, La Arqueología Como Ciencia Social, Editorial, Inca S.A., Lima, 1981.
- GRAMSCI, Antonio, La formación de los intelectuales, Editorial Grijalbo, México, 1967.

REVISTAS Y ARTÍCULOS

- CORREAS VÁZQUEZ, Florencio, La Sociología del Derecho Laboral, Revista Crítica N° 17, agosto-2000. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3176/2976.
- MOLINA RAMOS, Gustavo, Las Características y los principios del Derecho Mexicano del Trabajo (Contradiscurso), Crítica jurídica: revista latinoamericana de política, filosofía y derecho, Centro de Investigaciones y Docencia en Ciencias Políticas de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla, 1987. Disponible: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/2945/2747.
- Rendón Vásquez, Jorge, La estabilidad en el Trabajo y los Samuráis, del 18 de mayo del 2015, Disponible en: http://grancomboclub.com/2015/05/la-estabilidad-en-el-trabajo-y-los-samurais.html

RESOLUCIONES RELEVANTES

- Exp. Nº 1124-2001-AA/TC (11 de julio del 2002).
- Exp. Nº 976-2001-AA/TC (13 de marzo del 2003).
- Exp. N° 0206-2005-PA/TC (28 de noviembre del 2005).
- Casación N° 3034-2009-Huaura (26 de agosto del 2009).
- Exp. Nº 05057- 2013- PA/ TC (16 de abril del 2015).
- Exp. Nº 1647-2013-PA/TC (03 de noviembre del 2015).

interiores imprenta.indb 65 06/06/2017 06:37:41 a.m.

LOS ORIGENES DEL DERECHO AL SALARIO MÍNIMO Y SU RECEPCIÓN EN EL PERÚ

Max Henry Chauca Salas[1]
(Perú)

"Las mercedes y beneficios que yo os he prometido llegarán a su tiempo; y si no llegaren, el salario, a lo menos, no se ha de perder, como ya os he dicho".

(Miguel de Cervantes. Don Quijote de la Mancha. Capítulo XX)

SUMARIO: I. Introducción. II. El concepto de salario. III. Definición de salario mínimo. IV. La idea de salario justo. V. Los iniciales intentos de regulación salarial. VI. La regulación moderna del salario mínimo. VII. El salario mínimo en el Perú. VIII. Comentarios finales. XI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda el tema del surgimiento de la figura del salario mínimo y cómo ésta se introduce tempranamente en el Perú; tomando en cuenta los contextos en el que se establecieron tales regulaciones y las corrientes de pensamiento alrededor de la misma. De esta forma se

(1) Estudiante de Sexto Año de Derecho y Bachiller en Historia del Arte, UNMSM, Lima, Perú. Asistente Judicial en la Corte Superior de Justicia de Lima. Coordinador General del Taller de Investigación "Dr. José Matías Manzanilla" de la UNMSM.

interiores imprenta.indb 66 06/06/2017 06:37:41 a.m.

pretende explicar el surgimiento de esta institución, no sólo como devenida de las luchas sociales del período decimonónico, cuya influencia es directa y patente, sino que se pretende explicar además que tal idea hunde sus raíces en las remotas reflexiones filosóficas sobre el "salario justo" y las no menos antiquísimas políticas gubernamentales de control salarial. De este modo es posible analizar también las fuertes cargas políticas, sociales, económicas, y hasta morales de tal institución.

II. EL CONCEPTO DE SALARIO

El salario puede ser definido como "toda entrega de dinero o en especie que el patrono haga al trabajador a cambio de su labor ordinaria, y que constituya un beneficio para dicho trabajador"(2). A este pago se le ha denominado también remuneración o retribución, sin embargo el nombre más antiguo es el de salario, que deriva de la palabra latina "*salarium*, la que a su vez, deriva de la sal, con la cual se hacían ciertos pagos"(3). Desde el punto de vista económico, igualmente, el salario es un *rédito* o ingreso: el que corresponde al trabajador subordinado por la prestación de su trabajo; de modo semejante a como el "beneficio" es el rédito o ingreso peculiar del titular de una empresa(4). Sin embargo, una parte de la doctrina laboralista ha considerado que esta noción del salario como contraprestación es insuficiente para explicar todos aquellos pagos que se realizan sin que exista una prestación efectiva de servicios, como en los supuestos de suspensión o interrupción de la relación laboral. Frente a este panorama se ha elaborado la teoría del "salario social", que explica que la remuneración no sólo es la retribución por el trabajo prestado sino por la disponibilidad del empleador de la capacidad productora del trabajador, y por la dependencia de éste en el trabajado subordinado para obtener recursos para su subsistencia y de su familia. *"Cuando la ley, la convención colectiva o la simple voluntad de las partes imponen la obligación de pagar salarios aún si el trabajador deja de prestar servicios es porque tiene en cuenta esta doble circunstancia"*(5), indica Justo López. Por lo tanto se puede afirmar que el salario se encuentra cumpliendo una doble función, en primer lugar como una contraprestación del servicio efectivo realizado, y en segundo lugar, como una forma de procurar la subsistencia del trabajador.

Bajo esta perspectiva, Luis Despontín señala que la vida moderna ha modificado sustancialmente el concepto de salario, al rebelarse contra la ley de oferta y demanda que tarifaba tal actividad, otorgando al salario un alcance básico y social, cuyas "directivas son aceptadas por el dirigismo jurídico y al lado de los «derechos

(2) MUJICA Rodríguez, Rafael. Las Obligaciones en el Contrato de Trabajo. 3ra edición, Caracas. La Torre, 1971, p. 163.

(3) RENDÓN Vásquez, Jorge. Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales en la Actividad Privada. Lima. Editorial Tarpuy, 1988, p. 281.

(4) LOPEZ Basanta, Justo. "El salario". En: Buen Lozano, N.; Morgado Valenzuela, E. (Coord.) Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México D. F., AIADTSS, UNAM, 1997, p. 445.

(5) LOPEZ Basanta, Justo. El Salario: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas. 1988, p. 43.

interiores imprenta.indb 67 06/06/2017 06:37:41 a.m.

del hombre y del ciudadano", impuestos por el movimiento revolucionario de 1791, surgen los "derechos sociales" entre los cuales se encuentra el "derecho al producto íntegro de su trabajo" que sostiene Menger"(6).

Para poder entender el origen del salario mínimo debemos remitirnos, además, a las ideas precursoras sobre el "salario justo", que se remontan a los tiempos de la Antigüedad Clásica y desarrolladas plenamente durante la Edad Media; actividades que corren en paralelo con las primeras formas de regulación política de los salarios.

III. DEFINICIÓN DEL SALARIO MÍNIMO

Según Mario de la Cueva, la idea principal del salario mínimo se encuentra en "señalar el nivel de la escala social, debajo del cual la vida deja de corresponder a la dignidad y a la esencia de la persona humana. Fácilmente se comprende que los problemas del salario mínimo sean también aspectos jurídicos del más alto interés"(7).

Existe una dificultad en dar una definición del salario mínimo, pues como afirma Rafael Mujica, los tratadistas ofrecen escasos conceptos del mismo, además de yuxtaponerse con otros conceptos emparentados, como son: el salario justo, salario vital, salario familiar, etc. "Los Tratadistas han evitado darnos una definición del salario mínimo y hay que acudir a los textos legales para comprender el significado del concepto"(8). De este modo, se puede recurrir a la definición otorgada por la Oficina Internacional del Trabajo, que establece que el salario mínimo es la *"fijación de tasas mínimas legales de salarios, hecha por una autoridad, distinta de los empresarios y de los trabajadores o de las organizaciones de empresarios y trabajadores directamente afectados."* (9).

A decir de Guillermo Cabanellas y Luis Alcalá - Zamora, es un *"límite retributivo laboral que no cabe disminuir; la suma menor con que puede remunerarse determinado trabajo, en lugar y tiempo fijados"*(10). Junto a esta idea de límite de la remuneración viene aunada la idea indefectible de intervencionismo estatal, cuyo objetivo no es la de establecer un salario uniforme y general a toda la clase trabajadora, sino un *"límite extremo del que no se puede descender"*(11).

(6) DESPONTÍN, Luis A. La Técnica en el Derecho del Trabajo. Legislación y Derecho del Trabajo de la Industria y de la Previsión Social. Buenos Aires. Editorial Claridad. 1941, p. 136.
(7) DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. p. 600. Citado en: MUJICA Rodríguez, Rafael. Ob. Cit., p. 184.
(8) MUJICA Rodríguez, Rafael. Ob. Cit., p. 184.
(9) Ibíd.
(10) CABANELLAS, Guillermo; ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Luis. Tratado de Política Laboral y Social., p. 114.
(11) CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. Citado por MUJICA, Rodríguez. Ob. Cit., p. 185

interiores imprenta.indb 68 06/06/2017 06:37:41 a.m.

IV. LA IDEA DEL "SALARIO JUSTO"

Como se ha considerado anteriormente, la idea de un "salario justo" expresa sus antecedentes en períodos tan arcaicos como la Antigüedad Clásica. Aristóteles, en su Ética a Nicómaco, elaboró una teoría de la justicia conmutativa, es decir, una teoría que expresaba la igualdad absoluta (sea numérica o aritmética) entre las respectivas prestaciones; de igual manera, los teólogos escolásticos en la Edad Media se plantearon la cuestión del "salario justo", estudio que fue seguido en paralelo a la cuestión del precio justo.

En este aspecto, se han referido de manera expresa sobre el salario justo los siguientes autores: "Enrique de Langestein (siglo XIV), San Antonio de Florencia (siglo XV), Luis Molina (siglo XVI) y los casuistas del siglo XVII"(12). Tales estudios, en su mayoría llevados a cabo por parte de representantes de la Iglesia Católica, consideraron al salario como un medio de subsistencia del trabajador, y afectarán ulteriormente a la determinación del salario mínimo vital. En este aspecto, Daniel Antonkoletz señalaba: *"La noción del salario vital se aproxima a la del salario justo de que hablan las Encíclicas papales y ha de influir sobre el quantum del salario mínimo"*(13). Tales ideas, como se verá más adelante, serán uno de los basamentos de la actual figura de los salarios mínimos.

V. LOS INICIALES INTENTOS DE REGULACIÓN SALARIAL

La regulación del salario mínimo tiene sus antecedentes más remotos en el Código de Hammurabi, que data hace más de 2.000 años a. n. e. y contenía *"disposiciones sobre salario mínimo para jornaleros, artesano, tejedores, cortadores, carpinteros, albañiles"*.(14) Igualmente en las Leyes de Indias se aplicaron los salarios mínimos y no será prácticamente hasta el siglo XIX donde se retome este pensamiento, siendo los períodos anteriores dominados por la idea general de la remuneración máxima, sin embargo, cabe precisar que tales ideas constituyen los primeros gérmenes de una política general de regulación de los salarios, como veremos a continuación.

En la Roma Antigua los trabajadores libres se agruparon en los denominados "collegia" para defender sus intereses colectivos, sin embargo bajo el gobierno de Diocleciano se establecieron los *"salarios máximos, severamente sancionados"*.(15) Efectivamente, frente a la crisis monetaria, Diocleciano estableció el *Edicto de Precios* que establecía un precio y un salario máximo legal dirigida a prácticamente todos los productos y ocupaciones. *"La seriedad con que el Augusto consideró*

(12) bíd., p. 448.
(13) ANTONKOLETZ, Daniel. Derecho del Trabajo y Previsión Social. 2da edición, Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Limitada, 1953, p. 433.
(14) ANTOKOLETZ, Daniel. Ob. Cit., p. 429.
(15) Ibíd.

interiores imprenta.indb 69 06/06/2017 06:37:41 a.m.

el problema puede apreciarse en el hecho de que prescribiera la pena de muerte para todo el que violara sus disposiciones", indica Alberto González.[16]

Ya en plena Edad Media, hacia la primera mitad del siglo XIV, una época dominada por la peste negra, las guerras, la pobreza y la hambruna; un período al que Robert Fossier emparentó con los lúgubres y violentos siglos X y XX de nuestra era[17]; podemos encontrar la regulación de los salarios máximos que debían ganar, en general, la servidumbre, hecho que encuentra una explicación muy peculiar bajo el siguiente contexto:

Si bien la Edad Media fue una época fecunda en producción intelectual, para el campesino o el habitante común de la ciudad, que se encontraba entre *"las guerras y las pestes"*, entre los príncipes y papas, además de ser blanco de las *"tijeras de los precios"*, con que se deleitaban los economistas[18], la vida nunca les fue tan cruel desde aquel sombrío siglo diez. En este panorama ingresó y se expandió la terrible peste bubónica o también denominada *muerte negra* o *peste negra*, que se vio favorecida principalmente en los meses cálidos: hacia junio de 1348 llega a París, y en diciembre alcanza el Canal de la Mancha y los Países Bajos, hacia 1349 llega a Gran Bretaña y pasa a Alemania y Austria, expandiéndose luego por los Pirineos y España. En 1360 retorna la peste, abatiendo principalmente a los más jóvenes; en este aspecto, el historiador Carl Grimberg señalaba que la peste negra azotaba más a los jóvenes y fuertes que a los ancianos y débiles, siendo un acontecimiento que *"desmoralizaba sobremanera"*[19]. Fue constante el regreso de la epidemia durante todo este siglo, y alcanzó incluso la primera mitad del siglo XV; siendo una agonía "*casi centenaria"*[20]. La crudeza de la peste y sus efectos en la sociedad quedaran plasmados en los primeros pasajes de la obra *El Decamerón* de Giovanni Boccaccio:

> *"Muchos de los vecinos tomaron una costumbre, más por el temor de que la corrupción de los muertos les perjudicara, que por caridad hacia los difuntos. Esta costumbre consistía en que ellos y algunos de los portadores sacaban de sus casas los cuerpos de los fallecidos, colocándolos ante el umbral de sus puertas, donde generalmente por la mañana podían verse en gran número por los que pasaban por allí. Luego hacían venir ataúdes y por ser tan excesivo el número de muertos, debían colocarlos sobre una tabla. Además no era raro que en un solo ataúd juntaran dos o tres muertos a la vez.*

(16) GONZÁLEZ García, Alberto. "La Inflación en el Imperio Romano, de Diocleciano a Teodosio". En: Documenta & Instrumenta, N°9, Universidad Complutense de Madrid, 2011, p. 133.
(17) FOSSIER, Robert. La Edad Media 3. El tiempo de las Crisis 1250-1520, Barcelona. Editorial Crítica, 1988, p. 53.
(18) Ibíd.
(19) GRIMBERG, Carl. Historia Universal: Los Siglos del Gótico. Volumen V, Barcelona. Ed. Daimon, 1973, p. 125.
(20) Ibíd. p. 54.

interiores imprenta.indb 70 06/06/2017 06:37:41 a.m.

> *(…) ¡Oh, qué de grandes palacios, cuántas hermosas casas cuántas nobles mansiones, antes pletóricas de familias, de señores y de damas, quedaron vacíos hasta el último de sus sirvientes!"*(21)

En Inglaterra, la peste negra provocó la muerte de dos tercios de la población, asoló con una gran crisis demográfica y afectó la productividad de los países europeos, conllevada por la escasez de mano de obra (artesanos, sirvientes, obreros, granjeros, etc.); asimismo generó que las retribuciones aumentaran a solicitud de los pocos trabajadores que quedaban y al urgente requerimiento de servicio por parte de la nobleza. Frente a este panorama Eduardo III accede a las constante presiones de los propietarios rurales y promulga hacia el año 1349 el *Statute of Labourers* (Estatuto de Trabajadores) cuyo objetivo era limitar el incremento salarial de los trabajadores, además de prohibir que toda persona apta para el trabajo abandone su parroquia a fin de evitar el vagabundeo, y sujetar a los trabajadores al campo. De este modo, indica Antonio Morell, los trabajadores *"estaban obligados a aceptar cualquier empleo que se les ofreciera* (ningún propietario podía pagar salarios por encima de los "habituales") *y a no abandonar su trabajo durante el período de contrato"*(22). Posteriormente en 1351 la norma será revisada por el Parlamento, estableciendo que todos los hombres y mujeres aptos de menos de sesenta años y sin medios económicos fueran obligados a acceder a trabajos con salarios iguales a la media existente entre 1325 y 1331. Si bien esta medida refiere al límite máximo salarial se observa desde aquel momento el primigenio interés del Estado en regular las remuneraciones, y conllevó en última instancia a la corriente denominada Erastianismo que defendía la primacía del Estado en cualquier tipo de asunto, incluso en lo propiamente eclesiástico.

Si bien hasta entonces no se establecieron aún medidas sobre los límites del salario mínimo, tales disposiciones conllevaron a la idea de que el salario debería corresponder a las ganancias que se obtengan por el trabajo realizado. De este modo, el filósofo italiano Santo Tomas de Aquino mencionaba:

> *"En cambio, lo recto que hay en el acto de la justicia, aun exceptuada la relación al agente, se distribuye por relación a otro sujeto; pues en nuestras acciones se llama justo a aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como la retribución del salario debido por un servicio prestado".*(23)

Igualmente la teoría católica del salario se basó en la afirmación de Santo Tomas que establecía que en una sociedad equilibrada, todo hombre válido y laborioso ha de poder vivir de su trabajo, dar vida a los suyos y ahorrar para los días desfavorables, fundamentando así su teoría del salario en base a un principio de equidad. De este modo se puede mencionar, a modo de ejemplo, el pronunciamiento de

(21) BOCCACCIO, Giovanni. El Decamerón. Barcelona: Editorial Bruguera S.A., 1979, pp. 52-53.
(22) MORELL, Antonio. La Legitimación Social de la Pobreza. Barcelona, Editorial Anthropos, 2002, p. 11.
(23) DE AQUINO, Santo Tomas. Suma de Teología, Tomo III, Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, p. 470.

interiores imprenta.indb 71 06/06/2017 06:37:41 a.m.

Juan XXIII al respecto, condenando las diferencias salariales y su puesta a favor por la dación de un contenido social a la remuneración laboral:

> *71.- En esta materia, juzgamos deber nuestro advertir una vez más que, así como no es lícito abandonar completamente la determinación del salario a la libre competencia del mercado, así tampoco es lícito que su fijación quede al arbitrio de los poderosos, sino que en esta materia deben guardarse a toda costa las normas de la justicia y de la equidad.*
>
> *Esto exige que los trabajadores cobren un salario cuyo importe les permita mantener un nivel de vida verdaderamente humano y hacer frente con dignidad a sus obligaciones familiares (…)*(24).

Igualmente famosa es la Encíclica del Papa León XIII, denominada Rerum Novarum, que proclamaba salarios mínimos justos para los obreros, a fin de cubrir sus necesidades y las de sus familias, y para que la vida fuera digna de ser vivida. Afirma Rafael Mujica que ésta encíclica cobró tal repercusión que algunos veían en él la *"piedra angular de la contratación laboral"* (25).

Posteriormente veremos que los antecedentes más directos de la regulación legal de la remuneración mínima vital, tal como la entendemos al día de hoy, se encuentran en el transcurso del siglo XIX. Durante este período se hallaba en auge el principio que refería a la determinación de la cuantía de las remuneraciones por medio del juego de la ley de oferta y demanda, de conformidad plena con la doctrina liberal del período. *"El salario era, por consiguiente, el resultado de una "libre" discusión entre las partes, y semejante ficción permitía la explotación de los trabajadores, a quienes la jurisprudencia prohibía cualquier limitación basada en la violencia moral o física."*(26)

Frente a esto, el catolicismo social se mostró favorable a la fijación del salario mínimo, puesto que propugnaba que no era suficiente con pagar un salario calculado sobre el término medio de la subsistencia, que apenas permitía sobrevivir, era necesaria una remuneración que permita llevar una vida sobria y honesta. Igualmente la doctrina socialista acepta la idea de salario mínimo en la primera etapa de la revolución social, en miras de asegurar al obrero el producto integral de su trabajo, quitando de esta manera al capitalista el *"supervalor"* de las horas laboradas no remuneradas. Su finalidad suprema radicaba en la abolición del régimen del asalariado mediante la socialización de los instrumentos de producción. La expresión máxima de esta idea radicaba en la frase: *"A cada uno según sus capacidades, a cada cual según su trabajo"* (27).

(24) UAN XXIII. Carta Encíclica. Mater et Magistra. Numeral 71.
(25) MUJICA, Rafael. Ob. Cit., p. 187.
(26) CAMERLYNCK; G.H.; LYON-CAEN, G. Derecho del Trabajo. Madrid. Aguilar, 1974, p. 195.
(27) ANTOKOLETZ, Daniel. Ob. Cit., p. 435.

interiores imprenta.indb 72 06/06/2017 06:37:41 a.m.

VI. LA REGULACIÓN MODERNA DEL SALARIO MÍNIMO

Siguiendo a Daniel Antokoletz, las primeras aplicaciones modernas del salario mínimo tuvieron por objeto la protección de los trabajadores a domicilio contra el *"sweating system"*, extendiéndose después a otras actividades. De este modo el salario mínimo hizo su aparición en las leyes de Nueva Zelandia (1894) y Victoria (1896), luego en Gran Bretaña el 20 de octubre de 1909 se fijó tasas de salario mínimo, bajo la *"supervigilancia del "Trade Board"* y con participación de representantes de los patrones, de los obreros y del Estado"[28]. Según Jorge Rendón Vásquez, mediante esta norma titulada *Ley de Juntas de Trabajo*, dirigida a establecer remuneraciones mínimas en los *"trabajos agotantes"*, surgió la institución del salario mínimo que se conserva actualmente casi en su totalidad. Estas juntas tenían un carácter nacional dentro de la industria y sus decisiones sobre los salarios mínimos eran de estricto cumplimiento, bajo sanción penal a los empleadores que pagasen por debajo de lo estipulado por la norma. Estas disposiciones se encontraban enmarcadas bajo la decisión estatal de impedir que algunos empresarios pudiesen beneficiarse a través de pagos inferiores a lo establecido por convenios colectivos respecto de los empresarios comprendidos por éstos que se encontraban obligados a abonar. Durante la Primera Guerra Mundial, Whitley recomendó la ampliación de la aplicación de estas juntas a todos los casos en que los trabajadores carecieran de mecanismos para fijar salarios mínimos, la misma que fue recogida en la Ley de 1918 que establecía la posibilidad de crear Juntas de Trabajo en toda industria, expandiéndose así tal institución, pues permitía la aplicación de la remuneración mínima distintas a trabajadores de distintos niveles jerárquicos[29].

A nivel constitucional, el primer país en reconocer esta institución fue México en 1917, cuyo texto es más avanzado respecto de las leyes inglesas dictadas hasta entonces, toda vez que partía de la necesidad de darle al trabajador un nivel de vida más elevado, creando una *"nueva tendencia"* en el ámbito del Derecho[30].

Efectivamente, el artículo 123° de la Constitución Mexicana de 1917 señalaba lo siguiente:

> *"El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador será el que se considere suficiente, atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia".*

La Conferencia de la OIT aprobó el 16 de junio de 1928, el Convenio 26, Convenio sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos, y reprodujo algunas ideas fundamentales contenidas en la ley inglesa de 1909, señalando, bajo un *"criterio economicista"*[31], lo siguiente:

(28) Ibíd., p. 432.
(29) RENDÓN Vásquez, Jorge. Ob. Cit., p. 339.
(30) Ibíd., p. 340.
(31) Ibíd., p. 340.

interiores imprenta.indb 73 06/06/2017 06:37:41 a.m.

Artículo 1°.- Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes de industria (especialmente en las industrias a domicilio) en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos.

Artículo 2. A los efectos de este Convenio, el término industrias comprende las industrias de transformación y el comercio.

Es importante mencionar que la aplicación de la regulación salarial mínima bajo este Convenio tiene un carácter limitado, aplicado solo a determinadas industrias a "*juicio de los Estados Miembros"* (32). Por su parte el artículo 3° de este Convenio limita su aplicación a ciertas exigencias:

(1) Antes de aplicar los métodos a una industria, o parte de una industria determinada, se consultará a los representantes de los empleadores y de los trabajadores interesados, incluidos los representantes de sus organizaciones respectivas, cuando dichas organizaciones existan, y a cualquier persona, especialmente calificada a estos efectos por su profesión o sus funciones, a la que la autoridad competente crea oportuno dirigirse.

(2) Los empleadores y trabajadores interesados deberán participar en la aplicación de los métodos en la forma y en la medida que determine la legislación nacional, pero siempre en número igual y en el mismo plano de igualdad.

(3) Las tasas mínimas de salarios que hayan sido fijadas serán obligatorias para los empleadores y trabajadores interesados, quienes no podrán rebajarlas por medio de un contrato individual ni, excepto cuando la autoridad competente dé una autorización general o especial, por un contrato colectivo.

VII. EL SALARIO MÍNIMO EN EL PERÚ

Durante el primer gobierno de Augusto B. Leguía se dicta la primera norma referida al salario mínimo mediante la Ley N° 1378 del 20 de enero de 1911, Ley sobre Accidentes de Trabajo, en donde hace referencia por primera vez al salario mínimo en su artículo 26°, aunque sólo era referida como unidad de cómputo para el pago de remuneraciones(33) :

Artículo 26°.- "El salario que sirva de computo a las indemnizaciones no podrá ser inferior al mínimum que determine el Poder Ejecutivo en las distintas regiones de la república para el solo efecto del pago de aquellas. Esta misma base se

(32) Ibíd., p. 340.

(33) VALDERRAMA Calderón, Marino Jesús. La Remuneración Mínima en Perú. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho con Mención en Trabajo y Seguridad Social. Lima. Facultad de Derecho y Ciencia Política, UNMSM, 2012, p. 21.

interiores imprenta.indb 74 06/06/2017 06:37:41 a.m.

tomará para pagar indemnizaciones a favor de aprendices y meritorios, víctimas de accidentes, que no disfrutaran remuneración".

Sin embargo, fue con el Decreto Supremo del 4 de julio de 1913, el que califica expresamente como salario mínimo a lo referido en la ley anterior, tal como se puede apreciar en las siguientes líneas:

> *Artículo 1º.- "Las indemnizaciones por accidentes del trabajo serán computadas, para el solo efecto de su pago, sobre, la base de un salario mínimo de un sol de plata para las industrias agrícola y minera y de un sol veinte centavos para la fabril, en las provincias de la costa; de cuarenta centavos para la agrícola y de ochenta para la minera y manufacturera en las de la sierra; y de un sol cuarenta centavos para cualquiera de las tres industrias en las de la montaña.*
>
> *Artículo 2º.- Siendo las cifras acotadas en el artículo anterior, simples unidades de cómputo para el pago de las indemnizaciones en los casos en que las víctimas sirvan como meritorios o perciban salarios más reducidos que los que ellas representan; no podrán ser consideradas, en manera alguna, como salario mínimo obligatorio en ninguna región de la república".*

Como bien indican Guillermo Cabanellas y Luis Alcalá – Zamora, el Perú fue el primer país en Hispanoamérica en decretar los salarios mínimos(34), pues el 16 de octubre del año 1916 bajo el Presidente José Pardo y Barreda se aprueba la Ley N° 2285, titulada: *Trabajo Personal de los Indígenas e Intervención del Ministerio Fiscal en los juicios sobre Locación de Servicios.* La Ley regulaba, entre otros aspectos laborales, un *"jornal"* mínimo; no obstante se encontraba dirigido de manera local a los trabajadores *"indígenas de la sierra"* y cuya remuneración no debía ser menor a veinte centavos el jornal. De esta manera, se intentó mitigar el rigor del sistema feudal en el campo y, consecuentemente, *"forzar su conversión a formas capitalistas"*(35), aunque en la práctica no se estableció ninguna forma de control ni sanciones a quien transgrediera tal norma.

Esta disposición legal fue reglamentada siete años después por el Decreto Supremo del 11 de mayo de 1923 que, entre lo más importante, establece la fijación periódica de los sueldos mínimos a cargo de los Consejos Municipales, que en la realidad nunca cumplieron su obligación; además, este decreto nombra los tipos de labores indígenas de la época: agrícolas, ganaderos, de trasporte e industria.

La ley N° 2851 de 23 de noviembre de 1918 es la norma que regula el trabajo de las mujeres y de los menores, haciendo igualmente una referencia a la remuneración mínima que debían ganar. Fue reglamentada por el Decreto Supremo de

(34) CABANELLAS, Guillermo; ALCALÁ – ZAMORA y Castillo, L. Ob. Cit., p. 114.
(35) RENDÓN Vásquez, Jorge. Ob. Cit., p. 340.

interiores imprenta.indb 75 06/06/2017 06:37:42 a.m.

25 de junio de 1921 y hacía referencia al quantum mínimo aplicado al trabajo en taller o a domicilio, ya sea por pieza o por destajo[36].

Mediante la Constitución del Perú de 1920 (art. 47º) y la de 1933 (art. 46º) se consideró el establecimiento del salario mínimo en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores, las condiciones y las necesidades de las diversas regiones del país. De este modo, por ejemplo, se expidió el Decreto Supremo del 20 de julio de 1944, que establecía que los sueldos mensuales de los empleados particulares no podrán ser inferiores a la suma de cien soles oro tratándose de empleados varones mayores de 18 años y de setenta y cinco soles oro para las empleadas mujeres mayores de 16 años, en las ciudades de Lima, Callao y sus distritos urbanos.

Según Valderrama, mediante el Decreto Supremo del 4 de Septiembre de 1948, se aumentó los haberes de los empleados particulares de Lima y Callao, y de este modo aquellos empleados de diversa rama de actividad económica lograron sueldos mínimos en forma específica[37].

Para adoptar normas generales de fijación de salario mínimos, como primer paso el gobierno peruano ratifica los Convenios de la OIT sobre la materia. De este modo mediante Resolución Legislativa Nº 13284 promulgado el 9 de diciembre de 1959 fue ratificado el Convenio Nº 99 del año 1951, referido a los métodos para la fijación de salarios mínimos en la agricultura; y posteriormente por Resolución Legislativa Nº 1403 del 24 de febrero de 1962, se ratifica el Convenio Nº 26 de la OIT del año 1928, que trata sobre el establecimiento de métodos para la fijación de salarios mínimos en la industria o partes de industrias en las que no exista un régimen eficaz para la fijación de los salarios, a través de contratos colectivos u otro sistema y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos[38].

En el año 1962, la Junta Militar de entonces promulga el Decreto Ley Nº 14192 del 21 de agosto, que determinó en su artículo 1º que "*Es obligatorio la fijación del sueldo y salario mínimo en todas las actividades económicas del país, teniendo en consideración la naturaleza de las labores, la productividad de las actividades económicas, el costo de la vida y las condiciones de trabajo en las diversas regiones*"[39]. Encargó al Consejo Nacional de Trabajo, que preparase un anteproyecto de Ley en concordancia con los Convenios 26 y 99 de la OIT.

Mediante la Ley N° 14222 se crea la Comisión Nacional de Salario Mínimo Vital, ente tripartito conformada por un empleador y un trabajador de cada uno de las actividades privadas de entonces: Comercio, Minería, Industria, Pesquería y Banca-Crédito y Seguros. Asimismo se encontró presidida por un representante

(36) VALDERRAMA Calderón, Marino Ob. Cit., p. 22.
(37) Ibíd., p. 24.
(38) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. "Remuneración Mínima" En: Boletín de Economía Laboral. Lima, N° 21, 2002, p. 40.
(39) Ibíd.

interiores imprenta.indb 76 06/06/2017 06:37:42 a.m.

del gobierno e integrada por tres miembros independientes. La Comisión Nacional de Salario Mínimo Vital tuvo un carácter consultivo y fue el encargado de proponer al Ministerio de Trabajo los reajustes de los salarios mínimos, por cada una de las regiones del país. De acuerdo a la pérdida del poder adquisitivo de las remuneraciones, ocasionadas por la inflación(40). Mediante esta Ley también se prohíbe a que ningún trabajador podía percibir un ingreso inferior al mínimo, aun cuando se hallare en período de prueba y su fijación económica la estableció el Decreto Ley 14192 del 21 de agosto de 1962, (S/. 750.00 mensuales ó S/25.00 diarios de la época). El Decreto Supremo 007 del 21 de mayo de 1965 estableció por su parte, que para la fijación de dicho salario debía tenerse en cuenta: *"el costo de vida en la localidad de su percepción,… el período de su fijación, la naturaleza, modalidad y rendimiento del trabajador y las condiciones generales de vida de la región"*(41). Sin embargo, como indica el profesor Gómez Valdez, estas normas promulgadas nunca tuvieron el asentimiento de las entidades productivas reunidas en la Comisión Nacional del Salario Mínimo, cuya función era participar en la fijación de la remuneración mínima, puesto que siempre fueron dictadas por el Gobierno Central vía Resoluciones Supremas(42).

La Constitución de 1979, cambia de denominación a "Remuneración Mínima Vital", acorde con el hecho que el término "salario" se refería entonces al pago realizado a los trabajadores obreros en oposición a la retribución de los trabajadores empleados.

A partir del Decreto Supremo 004-83-TR, del 7 de marzo de 1983, se crea la denominada *"unidad de referencia"*, que establece el salario mínimo de referencia para la provincia de Lima. Esta unidad de referencia además será utilizada para fijar el salario mínimo de manera proporcionada en las demás provincias del país. A partir del 01 de junio de 1984 hasta el 30 de julio de 1985, el método de actualización de los salarios mínimos en el Perú se basó en incrementos de Bonificaciones Especiales por costo de vida. Hacia 1985 mediante el Decreto Supremo 026-85-TR, se somete a discusión los criterios que se adoptaron para establecer diferentes niveles de salarios mínimos vitales en las diversas actividades económicas por zonas geográficas del país. Estableciendo que no se guardaba armonía con la realidad económica y social del Perú; como consecuencia, mientras no se determinara los nuevos mecanismos y criterios para la fijación de los distintos niveles del salario mínimo vital por actividad, resultó conveniente entonces establecer el denominado Salario Mínimo Vital Único Nacional, que a partir del primero de agosto de 1985 viene rigiendo hasta la actualidad(43).

(40) Ibíd.
(41) GOMEZ Valdez, Francisco. Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales del Trabajo. Segunda Edición, Lima. Editorial San Marcos, 2009, p. 512.
(42) GÓMEZ Valdez, Francisco. Ob. Cit., pp. 512-513.
(43) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Ob. Cit.*, p. 41.

interiores imprenta.indb 77 06/06/2017 06:37:42 a.m.

VIII.COMENTARIOS FINALES

Como hemos podido observar, la institución de la remuneración mínima o salario mínimo tiene sus orígenes, además de los conflictos sociales del siglo XIX que la constituyeron de manera decisiva, en las primigenias ideas relativas al *"salario justo"*, ocupada posteriormente y casi en su integridad por la doctrina católica, cuyas expresiones máximas constituyen las famosas encíclicas papales, tales como la *Mater et Magistra* del Papa Juan XXIII o el *Rerum Novarum* del Papa León XIII; igualmente la idea del salario mínimo extiende sus raíces en las iniciales políticas de regulación monetaria y salarial de períodos tan remotos como la Antigüedad Clásica y Edad Media, retomados posteriormente en las corrientes socialistas de intervencionismo estatal. De este modo nuestro país recibe esta institución unida estrechamente a las ideas de dignidad del trabajador, como se puede observar en las primeras regulaciones de los salarios de los indígenas y campesinos; la protección del trabajador y de su familia, es decir, el salario como medio de subsistencia de la persona; y la idea de una política general de control de salarios por parte del Estado, cuya puesta en escena en nuestro país fue mayormente en detrimento de los trabajadores por su escasa representación en las políticas de regulación salarial, y por las propias decisiones gubernamentales.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ANTONKOLETZ, Daniel. *Derecho del trabajo y previsión social*. 2da edición, Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Limitada, 1953.

BOCCACCIO, Giovanni. *El Decamerón*. Barcelona: Editorial Bruguera S.A., 1979.

BUEN LOZANO, Néstor; Morgado Valenzuela, Emilio (Coord.) *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México D. F.: AIADTSS, UNAM, 1997.

CABANELLAS, Guillermo; ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Luis. *Tratado de Política Laboral y Social*.

CAMERLYNCK; G.H.; LYON-CAEN, G. *Derecho del Trabajo*. Madrid. Aguilar, 1974.

DE AQUINO, Santo Tomas. *Suma de Teología*, Tomo III, Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.

DESPONTÍN, Luis A. *La T*écnica en el Derecho del Trabajo. Legislación y Derecho del Trabajo de la Industria y de la Previsión Social. Buenos Aires. Editorial Claridad, 1941.

FOSSIER, Robert. *La Edad Media 3. El tiempo de las Crisis 1250-1520*, Barcelona. Editorial Crítica, 1988.

GOMEZ Valdez, Francisco. *Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales del Trabajo*. Segunda Edición, Lima. Editorial San Marcos, 2009.

interiores imprenta.indb 78 06/06/2017 06:37:42 a.m.

GONZÁLEZ García, Alberto. “La inflación en el Imperio Romano, de Diocleciano a Teodosio”. En: *Documenta & Instrumenta*, N°9, Universidad Complutense de Madrid, 2011.

GRIMBERG, Carl. *Historia Universal: Los Siglos del Gótico*. Volumen V, Barcelona, Ed. Daimon, 1973.

JUAN XXIII. *Carta Encíclica: Mater et Magistra*.

LOPEZ Basanta, Justo. *El Salario: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas, 1988.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. “Remuneración mínima” En: *Boletín de Economía Laboral*. Lima, N° 21, 2002.

MORELL, Antonio. *La Legitimación Social de la Pobreza*, Barcelona. Editorial Anthropos, 2002.

MUJICA Rodríguez, Rafael. *Las Obligaciones en el Contrato de Trabajo*. 3ra edición, Caracas. La Torre, 1971.

RENDÓN Vásquez, Jorge. *Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales en la Actividad Privada*. Lima. Editorial Tarpuy, 1988.

VALDERRAMA Calderón, Marino Jesús. *La Remuneración M*ínima en Perú. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho con Mención en Trabajo y Seguridad Social, Lima. Facultad de Derecho y Ciencia Política, UNMSM, 2012.

interiores imprenta.indb 79 06/06/2017 06:37:42 a.m.

DERECHO A LA FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES: UN DERECHO SIEMPRE ACTUAL Y UN RETO DE FUTURO

Francisco Pérez Amorós[1]
(España)

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la formación de los trabajadores casi siempre ha tenido reservado un lugar –más o menos relevante–en el ordenamiento laboral, prerrogativa que hoy día, se mantiene por muy variadas razones, no sólo porque así lo exigen las modernas formas de trabajar y la imparable incorporación de nuevas tecnologías al sistema de producción, sino también porque guarda una muy estrecha relación con el actual proceso de precarización que sufren las condiciones de trabajo y el aumento del paro.

Se presenta a continuación una reseña sobre los principales referentes legales que configuran el derecho a la

(1) Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona.- Doctor H.C. por la Universidad Paulo Freire de Nicaragua.- Profesor Investigador del Instituto de Estudios del Trabajo (IET) de la Universidad Autónoma de Barcelona.

interiores imprenta.indb 80 06/06/2017 06:37:42 a.m.

formación de los trabajadores –tanto en situación activa como en paro– a la luz del ordenamiento laboral español, y se hace de forma que también bien pueden ayudar a una reflexión general sobre tal cuestión.

El derecho a la formación de los trabajadores, tiene tanto futuro como presente e historia: es un derecho siempre actual, y, muy posiblemente, cada vez lo será más. En unos tiempos como los actuales, en los que la crisis económica ha provocado un alto desempleo (con especial incidencia en el colectivo de jóvenes y trabadores de edad, y como tales con muy especiales necesidades formativas)(2) y una precarización del trabajo, debido a una elevada contratación temporal de corta duración y rotativa y a una contención salarial mantenida(3), la formación de los trabajadores sufre unos perjuicios manifiestos: a mayor contratación temporal, cada vez de menor duración, y cada vez más rotativa, *menos formación, menos empleo y más paro*, dicho sea sin mayor detalle porque los datos oficiales obrantes al respecto son contundentes(4).

Por razones materiales fáciles de justificar, las reflexiones que siguen no se pueden ni deben enmarcar con detalle en su contexto general, no obstante parece oportuno dejar punteado que la formación de los trabajadores forma parte del núcleo duro del debate sobre el futuro del trabajo que se desarrolla actualmente en múltiples foros, y es parte importante del discurso que se construye en otras tantas sedes en defensa del trabajo decente, y todo ello desde la óptica del progreso social(5). La propia OIT, en sus más recientes estudios, condiciona el futuro del trabajo, entre otras exigencias, a la formación permanente de los trabajadores durante toda su vida profesional(6); la OIT, no sólo debate así el problemático futuro del empleo, sino que postula que debe ser decente por digno queriendo decir que la formación profesional forma parte de la noción de trabajo decente(7); pero, es que la OIT, desde ya hace años, ha construido el siguiente *argumento* para delimitar el contexto general de la formación en el trabajo: *"Trabajo decente y formación";*

(2) Para los últimos datos oficiales de empleo y paro, ver, INSTITUTO NACIONAL ESTADÍSTICA (INE): Encuesta Población Activa (EPA) 3er. Trimestre 2016, (27 octubre 2016) [4.320.800 parados, que representa una tasa de paro del 18.91 %, una de las dos más elevados en el ámbito de la Unión Europea]. Para consulta de tal EPA: http://www.ine.es/prensa/epa_prensa.htm

(3) SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SEPE): "2016.Informe del Mercado de Trabajo Estatal". SEPE. Madrid, 2016; y, MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: Informe trimestral de Análisis del Mercado de Trabajo, núm. 118 de septiembre de 2016.

(4) Para datos e indicadores, ver: MINISTERIO DE CULTURA: *"Nivel de Formación, Formación Permanente y Abandono: Explotación de las variables educativas de la Encuesta de Población Activa*", en http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/mercado-laboral/epa2015.html (con datos de 26 mayo 2016); y en concreto, para asociar paro y formación, ver: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA: "*Tasas de paro por nivel de formación alcanzado, sexo y grupo edad"* (a fecha de 30 septiembre 2016,y con datos de la antecitada Encuesta de Población Activa (EPA) del 3er. Trimestre 2016 (última publicada a fecha de hoy).

(5) ROJO TORRECILLA; E.: El trabajo decente: pasado, presente y futuro. El blog de Eduardo Rojo (30 abril 2016), ver http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/04/el-trabajo-decente-pasado-presente-y.html

(6) OIT. El futuro del trabajo (2016), ver: http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--es/index.htm : y, OIT: Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo, Tendencias 2016. Ginebra, 2016.

(7) OIT: Trabajo Decente en la Agenda 2039 de Desarrollo Sostenible. Nota Informativa "Estado del Trabajo Decente en el Mundo 2016". Oficina de la OIT para España 2016.

interiores imprenta.indb 81 06/06/2017 06:37:42 a.m.

"La formación profesional y su relación con la igualdad de oportunidades y otros derechos fundamentales"; "La formación profesional y el fomento del empleo"; "La formación profesional como instrumento de protección social"; y, "*La formación profesional como espacio de diálogo social y herramienta para su fomento*"(8). Se ha concluido que "*El trabajo decente no puede ser sino el trabajo en cantidad y calidad suficientes, apropiadas, dignas y justas, lo que incluye el respeto de los derechos, ingresos y condiciones de trabajo satisfactorias, protección social y un contexto de libertad sindical y diálogo social"*(9)*;* una contextualización que, sin más, permite añadir que la ecuación y formación profesional de los trabajadores es una exigencia imprescindible.

Este es un panorama general, que bien podría completarse sacando a colación las principales aportaciones de la Unión Europea en punto y materia de formación de los trabajadores, una temática presente en el derecho originario comunitario –Tratado de la Unión y Tratado de Funcionamiento la Unión, y Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea– y en la normativa derivada dictada en desarrollo, y que en la actualidad ha cobrado nuevo interés a partir de la Estrategia Europa 2020(10) en la que se encuadra el "*Marco Estratégico: Educación y Formación 2020*" (ET 2020) que, en particular, potencia el valor de la educación (desde preescolar a universitaria) y formación profesional (permanente y continua) para fomentar un empleo que asegure un progreso sostenible e integrador, partiendo de la idea que "*La inversión en capital humano es dinero bien empleado. Una buena educación y una buena formación contribuyen a promover un crecimiento económico constante y un desarrollo sostenible…",* y teniendo en cuenta que "*La enseñanza y la formación dotan a las personas de los conocimientos, capacidades y competencias que les permiten crecer y actuar sobre su situación al ampliar sus perspectivas, equipándolas favorablemente para sus vidas futuras, sentando los cimientos de la ciudadanía activa y de los valores democráticos, y fomentando la inclusión, la equidad y la igualdad*"(11).

II. DERECHO A LA FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES: UNA VISIÓN CONSTITUCIONAL

El derecho a la formación de los trabajadores objeto de comentario en estas páginas, tiene un cierto sustento en la vigente Constitución española de 1978 (CE, en adelante), ligamen que se cita, antes de comentarlo, para subrayar desde buen principio la relevancia que tiene el derecho laboral en cuestión.

(8) CINTERFOR: Formación para el Trabajo Decente. OIT. CINTERFOR. Montevideo, 2001.

(9) CINTERFOR: Formación para el Trabajo Decente. OIT, *op, cit*. pág. 109.

(10) COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPA 2020: Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Bruselas. 3.3.2010 COM(2010)2020 final.

(11) CONSEJO Y COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA: Informe conjunto de 2015 del Consejo y de la Comisión sobre la aplicación del marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (ET 2020) *Nuevas prioridades para la cooperación europea en educación y formación* - Adopción (23 de noviembre de 2015). [Bruselas, 24 de noviembre de 2015 (OR. en) 14440/1/15 REV 1].

interiores imprenta.indb 82 06/06/2017 06:37:42 a.m.

El pasaje constitucional 35.1[12], que junto a otros trata de los "*derechos y deberes de los ciudadanos*" en el marco general de los "*Derechos y libertades"*, tras reconocer el "derecho al trabajo" –un dato sistemático relevante– , previene que todos los españoles tiene el "*derecho a la promoción a través de su trabajo";* y, el ordinal 40.2[13] constitucional, al tratar "*De los principios rectores de la política social y económica*", tras patrocinar una política de pleno empleo (art. 40.1 *in fine* CE), obliga a los poderes públicos a garantizar "*la formación y readaptación profesional".*

Aunque dicho sea sin mayor detalle, por razones obvias, bien se puede convenir que el abreviado planteamiento constitucional pergeñado, merece las tres siguientes puntualizaciones. En primer lugar, bueno es advertir que el propio constituyente, reconoce, con trazos genéricos y a favor de todos, el "*derecho a la educación*" con expreso rango de "*derecho fundamental*" (art. 27 CE), mandato que revaloriza más, si cabe, el derecho a la formación en el trabajo precitado, pues bien se puede argüir que forma parte de aquél a todos los efectos. En segundo término cabe apreciar que la CE interrelaciona el derecho a la formación con el *pleno* empleo, y en consecuencia lo incardina en las políticas de fomento del empleo, dicho sea todo ello en unos tiempos como los actuales en los que la crisis económica causa estragos en las condiciones de trabajo (precariedad laboral) y en el empleo (incremento del paro). Y en tercer lugar cabe precisar que la propia CE previene tácitamente que sus mandatos sobre la formación en el trabajo, se desarrollarán, primero, por medio de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*ex* art. 35.2 CE). Y posteriormente por otras normas de desarrollo.

Cada una de las tres apreciaciones constitucionales ante citadas, aunque de muy distinto orden y contenido, ayudan a poner de manifiesto la importancia que tiene el derecho a la formación de los trabajadores en el mundo laboral y en el debate iuslaboralista.

III. DERECHO A LA FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES: APORTES DE LA LEGISLACIÓN LABORAL ORDINARIA BÁSICA (LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES)

La Ley del Estatuto de los Trabajadores[14] (LET, en adelante), ley laboral ordinaria básica por excelencia, aporta referentes básicos que conforman el derecho a la formación de los trabajadores, y diseña algunas de las manifestaciones posibles del

(12) Cuyo literal, reza: "*1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo".*

(13) Cuyo literal, reza: *"2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados".*

(14) La Ley del Estatuto de los Trabajadores, fue dictada en 1980, en cumplimiento del mandato constitucional referenciado (art. 35.2 CE, *cit.*), y desde entonces ha sufrido numerosísimas modificaciones que aquí y ahora no interesa detallar ni siquiera cuantificar.

interiores imprenta.indb 83 06/06/2017 06:37:42 a.m.

mismo, aunque, a decir verdad, no lo hace con la amplitud y concreción que exige la importancia que ha tendido[15] y que ha adquirido el tema en los últimos tiempos.

Como es público y notorio, muchas han sido las últimas reformas que han afectado profundamente a la LET, mientras que, contrariamente, las adecuaciones del derecho a la formación de los trabajadores que puedan ser calificadas de plenamente positivas han sido bien escasas[16]. Esta distinta forma de proceder, bien puede ser tenida como un nuevo olvido que soporta la formación en el trabajo, o/y entendida –así lo hacemos– como otro motivo más para criticar las últimas reformas laborales, y especialmente la de 2012, siempre justificadas –más interesada que interesantemente– por el legislador reformador por la crisis económica y el desenfrenado paro, alabadas por el gobierno de turno y las asociaciones empresariales, pero fuertemente criticadas en foros sindicales y en ciertas sedes políticas[17].

1. El reconocimiento del derecho a la formación del trabajador

A la estela de las previsiones constitucionales precitadas, la LET, al referirse a los "*Derechos y deberes laborales básicos*", se refiere al derecho a la formación, y lo hace con la siguiente cadencia: primero previene que "*En la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho… A la promoción y formación profesional en el trabajo… para favorecer su mayor empleabilidad…";* y después, concreta que en tal formación queda "*incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad*" (art. 4.2b LET)[18].

Dicha cadencia del literal legal trascrito, hace posible que se pueda decir que el derecho a la formación reconocido tiene dos dimensiones, dicho sea más afectos de exposición que por motivos estrictamente conceptuales. Una primera, más genérica, dedicada a reconocer expresamente el derecho con la condición de subjetivo,

---

Su última versión ha sido aprobada por el Real Decreto Ley, 1/1195, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE, 29), y desde entonces, se han producido varias modificaciones.

El estado actual de la LET, puede consultarse a día de hoy, en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430&p=20151024&tn=2

(15) PÉREZ AMORÓS, F.: La educación y formación en el nuevo milenio. Revista Jurídica, núm. XIII/2006 (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landivar de Guatemala), págs. 87 a 154.

(16) MARTÍN PUEBLA, E.: Derechos formativos y políticas activas de empleo, en "GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. (Dirs.): La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 7 los aspectos laborales del Real Decreto- Ley 20/2012. Lex Nova. Valladolid, 2012.

(17) Reforma con base a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes del mercado de trabajo (BOE, 7). Ver: PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E. (Directores), e, YSÀS MOLINERO, H. (Coordinadora): Balance de la reforma laboral de 2012. Edit. Bomarzo. Albacete, 2016.

(18) Esta es la redacción actual, tras la reforma laboral de 2012 implementada por la citada Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes del mercado de trabajo (BOE, 7).

Al respecto del actual literal del art. 4.2b LET conviene formular la siguiente puntualización a efectos dialécticos: su primer inciso (reconocimiento del derecho), es el mismo que existía antes de la reforma de 2012; mientras que el segundo inciso (planes y acciones formativas para adaptación), es el añadido por la reforma de 2012 materializada por la referida Ley.

interiores imprenta.indb 84 06/06/2017 06:37:42 a.m.

con rango de "*básic*o" a todos los efectos –dicho sea en una interpretación más lógica y sistemática que simplemente literal–, que, subjetivamente, se predica de todos los trabajadores en activo ("*En la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho…" cit. supra)*, sea cual sea la modalidad y tipo contractual utilizado para establecer la relación laboral, y cuyo objetivo es garantizar el empleo y favorecer la estabilidad en el mismo (empleabilidad). Mientras que la segunda dimensión del derecho da cuenta de la operatividad que tiene cuando sobrevienen ciertas vicisitudes laborales, principalmente, cuando el empresario implementa modificaciones en el puesto de trabajo (principalmente, *ex* art. 23 LET y con ocasión de modificaciones de las condiciones laborales vía movilidad funcional, arts. 39 a 41 LET), en cuyos supuestos, el trabajador afectado, dispone de "*planes y acciones f*ormati*vas*" para favorecer su "*mayor empleabilidad*", previsión legal configurada con tal imprecisión que dudar del buen fin del mismo, cuando menos, hasta el dictado de la normativa de desarrollo, y a la que nos referiremos cuando sea oportuno. Son dos dimensiones de un mismo derecho del trabajador, que aún teniendo un único objetivo directo (formación *versus* empleo y empleabilidad), pretende, al unísono, cubrir otro frente (formación *versus* flexibilidad laboral y empleabilidad) que responde a un interés distinto, mezcolanza de pretensiones y objetivos, que como resulta fácil de predecir puede generar algún que otro desencuentro: cierto es que la reforma laboral de 2012 se presenta como revitalizadora de ciertos aspectos de la formación en el trabajo para favorecer el empleo, pero más lo es que lo que realmente pretende es flexibilizar las relaciones laborales aunque sea ofreciendo a cambio contrapartidas formativas (buscando flexiseguridad) en el sentido que hemos expuesto en otros foros recientemente(19).

Y en punto al referido reconocimiento y configuración del derecho a la formación del trabajador, valga aportar un nuevo detalle, al que posteriormente volveremos: la LET empareja su reconocimiento con el del derecho a la promoción profesional, asociación que, a nuestro efectos, puede interpretarse en el sentido que el legislador quiere estrechar, todavía más, los lazos que existen entre la formación en el trabajo y el fomento del empleo y la consiguiente empleabilidad de los trabajadores, concretando así cual es el elemento finalista del derecho a la formación de los trabajadores a todos los efectos legales. Cuestión distinta, es que, tal objetivo, quede, más que menos desvirtuado en la práctica en ciertos casos.

2. Referentes básicos y manifestaciones del derecho a la formación del trabajador

A partir del reconocimiento del derecho en cuestión en la LET en los términos relatados, el propio texto legal concreta algunos de sus aspectos básicos y configura algunas de sus principales manifestaciones, aportaciones todas ellas

(19) PÉREZ AMORÓS, F.: *Trabajadores de edad: empleo, paro y nivel de formación profesional*. Conferencia Magistral impartida en el XX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a celebrar del 9 a 11 de noviembre de 2016 en la Ciudad de Guatemala, organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "Guillermo Cabanellas.

interiores imprenta.indb 85 06/06/2017 06:37:42 a.m.

que se comentarán ahora, y que en su mayoría han sido objeto de desarrollo por legislación dictada al efecto.

2.1 Referentes básicos del derecho a la formación en el trabajo (art. 23 LET)

Partiendo de las premisas previstas en el glosado pasaje 4.2b estatutario, el artículo 23 del mismo texto legal[20], muy significativamente rubricado –"*Promoción y formación profesional en el trabajo*"–, contempla distintas, imprecisas y algo desordenadas referencias de muy distinta condición jurídica que dan contenido al derecho a la formación de los trabajadores.

Entre las aportaciones más puntuales, y no por ello menos interesantes, merecen cita propia, las siguientes: 1º) reconoce el disfrute de permisos necesarios para concurrir a exámenes cuando se cursen estudios para la obtención de un título académico o profesional art. 23.1 a LET (Convenio 140 OIT); 2º) previene la preferencia de elegir turno de trabajo cuando se cursen estudios para la obtención de un título académico o profesional; 3º) establece la adaptación de la jornada ordinaria para asistir a cursos de formación profesional; y, 4º) estipula, de forma genérica, el disfrute de permisos de formación para perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo a disfrutar individualmente ya sea en un plan formativo a iniciativa del empresario o recocido en el convenio colectivo.

Y, entre las aportaciones más amplias, merecen mención puntual, las siguientes: 1º) reconoce a los trabajadores de forma genérica el disfrute de la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones en el puesto de trabajo (art. 23.1.1 LET), a cuyo fin se le facilitan los permisos correspondientes, todo con la finalidad de garantizar así la estabilidad laboral o, en su caso, mejorar su empleabilidad; un reconocimiento tanto para la formación "educativa" como la "profesional"

(20) Tras modificación introducida por el art. 2 tres de la repetida Ley 3/2012, su versión actual es del siguiente tenor: *"1.El trabajador tendrá derecho: a) Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional. b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional. c) A la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo. d) A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo.- 2. En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo.- 3. Los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta cinco años. El derecho se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva. Sin perjuicio de lo anterior, no podrá comprenderse en el derecho a que se refiere este apartado la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes. En defecto de lo previsto en convenio colectivo, la concreción del modo de disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario"*.

interiores imprenta.indb 86 06/06/2017 06:37:42 a.m.

(Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, al que nos referiremos líneas abajo); y, 2º), el pasaje estatutario ahora considerado, contempla un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un período de hasta cinco años, estableciendo al respecto otras condiciones de disfrute del permiso (art. 23.3 LET).

También merece atención que el reiterado ordinal 23 estatutario, al tratar de aspectos del derecho a la formación en el trabajo, establezca que será la negociación colectiva la que debe precisar los términos concretos del disfrute de todos y cada uno de los beneficios que configuran el contenido del derecho a la formación en el trabajo (*ex* art. 23 LET, comentado), una previsión que resulta lógica y necesaria, pero que no puede hacer olvidar que el planteamiento estatutario del derecho a la formación, resulta ser susceptible de mejora, en cuanto a orden, precisión y contenido.

Y finalmente, cabe insistir que varios de estos referentes básicos del derecho a la formación en el trabajo pergeñados en el reiterado ordinal 23 LET, operan en el "Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral", que será objeto de atención líneas abajo.

2.2 Manifestaciones del derecho a la formación en el contexto del nuevo circuito de la flexibilidad laboral (v.gr.: arts. 11; 47 y 52 LET)

La propia LET, trata del derecho a la formación del trabajador, en todas y cada una de las tres fases clásicas del ciclo vital del contrato de trabajo (contratación, modificación/suspensión, y extinción), pero hoy día, y debido a la crisis económica y consiguiente paro, lo hace bastante condicionado por el circuito de la flexibilidad laboral trazado por las últimas reformas laborales (flexibilidad de entrada –contratación *flexible–, y,* flexibilidad de paso –modificación/suspensión–, y, flexibilidad de salida –extinción flexible), todo ello, utilizando, cuando procede, las previsiones del artículo 23 LET anteriormente glosado.

En aras a facilitar la exposición, cabe adelantar una conclusión: la versión actual del derecho a la formación en el trabajo, queda, muy condicionado a la baja (*flexibilizado*), por los principios que inspiran el nuevo modelo –flexible– de relaciones laborales; y, consecuentemente, su supuesto potencial para favorecer la empleabilidad (*fle*xiseguridad frente a simple flexibilidad) queda en entredicho en la práctica.

Al respecto de todo ello sirvan los siguientes comentarios a modo y manera simplemente ejemplificativa.

A) Formación y flexibilidad de entrada: contratación formativa versus contratación por tiempo determinado

Tal y como se ha adelantado y documentado al inicio de este ensayo, la desenfrenada potenciación de la contratación temporal, y/o de la contratación a

interiores imprenta.indb 87 06/06/2017 06:37:42 a.m.

tiempo parcial sucedida en los últimos tiempos, se ha puesto en práctica sin el decoro técnico ni respeto del principio de causalidad debido, contrariando los conceptos y categorías jurídicas más elementales, e inclusive, con menosprecio de la no discriminación por la temporalidad del contrato[21], dicho sea todo ello teniendo siempre presente que parte del dislate se debe a lo imprecisa y contradictoria que resulta ser la normativa vigente que regula las modalidades y tipos de contratos de trabajo por tiempo determinado. Pues bien, como no podía ser de otra manera, dicho dislate en punto al uso indebido de la contratación temporal, se ha propagado y repercutido negativamente en la formación de los trabajadores (¿por qué formar a un trabajador contratado sólo por –un corto– tiempo?) y, subsiguientemente, ha afectado con dispar intensidad a los contratos de trabajo formativos (art. 11 LET[22]) –prácticas, formación y aprendizaje: temporales por definición[23]- en un doble sentido: los ha precarizado como un contrato temporal más, y, asimismo –y esto es lo que importa subrayar aquí y ahora–, ha desvirtuando el sentido formativo de los mismos potenciando su temporalidad por *"las urgencias en materia de empleo"*[24], pues no parece ajustado a la lógica que –*v. gr.*– sea necesario un periodo de formación largo para formar en categorías o puestos de trabajo de baja categoría, y mucho menos lógico es que, a mayor inri, se rebaje el coste laboral del contrato formativo (bajo salario, subvenciones y bonificaciones cuotas seguridad social).

Al ser la formativa, una modalidad contractual pensada para el empleo de trabajadores más –o menos– jóvenes (hasta 30, *sic*, años), su causa formativa debe tener unos perfiles particulares adecuados a las necesidades reales de tal colectivo, incluidas, las de los denominados "*nini*" (ni trabajo, ni estudio) cuyas particulares deficiencias formativas tienden a cronificarse[25]. Conviene insistir en que es necesario asegurar que esta contratación de jóvenes, sea, realmente, utilizada más como formativa que por temporal y de bajo coste, pretensión que no se alcanza siempre[26]. El menosprecio de la causa en la contratación temporal repugna la lógica jurídica, pero despreciarla con ocasión de la contratación formativa en el trabajo es todavía más criticable si cabe.

(21) V. gr.: Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14, de Diego Porras). Ver, varios comentarios doctrinales de tal sentencia –y otras análogas–, en Revista Jurisdicción Social (Comisión de lo Social de Jueces para la Democracia, número extraordinario, de octubre de 2016, de consulta en: http://publicacionesjuecesdemocracia.blogspot.com.es

(22) En su versión post reforma 2012 (Ley 3/2012, cit. y otras normas dictadas en desarrollo), y que damos por reproducida; y, que se puede consultar en su versión actualmente vigente en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430

(23) El Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, dio un impulso al desarrollo de la formación profesional dual.

(24) ESTEBAN LEGARRETA, R. y, GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: Los contratos formativos en perspectiva de reforma laboral, en "PÉREZ AMOROS, F. y, ROJO TORRECILLA; E.: Balance de la reforma laboral de 2012…" op, cit, pág. 240.

(25) OCDE: "*Panorama de la Sociedad 2016. Un primer plano sobre los jóvenes. La situación en España*" (con datos a 5 octubre 2016), y de consulta en http://www.oecd.org/social/society-at-a-glance-19991290.htm

(26) CABASÉS PIQUÉ, MA. y PARDELL VEÀ, A.: Una visión crítica del Plan de Implantación de la Garantía Juvenil en España. Edit. Bomarzo. Albacete, 2014.

interiores imprenta.indb 88 06/06/2017 06:37:42 a.m.

B) Formación y flexibilidad interna: modificación y suspensión laboral

El pasaje 47 LET ("*Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*…"), tras su última reforma[27], incluye un nuevo apartado (art. 47.4 LET) que manda que "*Durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad*", estableciendo así una más estrecha asociación entre la estabilidad laboral y el derecho a la formación profesional de los trabajadores en el contexto de la flexibilización de las relaciones laborales (en este caso vía suspensiva de la relación laboral) derivada de la repetida reforma laboral de 2012.

C) Formación y flexibilidad de salida: extinción contractual por causas objetivas

El pasaje 52b LET ("*Extinción del contrato por causas objetivas*"), en su versión actual[28] establece que en el supuesto de extinción contractual por causas objetivas, el empresario, previamente, estará obligado a facilitar al trabajador cursos de formación para facilitar la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo: un nuevo ejemplo más de la operatividad del derecho a la formación para procurar la estabilidad en el empleo, en el contexto de una flexibilidad laboral, en este caso, de salida.

Aquí cabe reiterar, a modo y manera de cierre, una afirmación anticipada: la versión actual del derecho a la formación en el trabajo, queda pues, muy condicionado a la baja (*flexibilizado*), por los imperantes principios que inspiran el nuevo modelo –flexible– de relaciones laborales, y su potencial para favorecer la empleabilidad (flexiseguridad) queda significativamente mermado en la práctica.

Y para finiquitar este apartado, sobre el derecho a la formación de los trabajadores en ciertas vicisitudes del contrato laboral, cabe enfatizar –e insistir– que el legislador establece una clara interrelación entre tal derecho y el de promoción profesional (art. 4.2b y 24.2 LET), concordancia que se señala para mejor comprensión de aquél y extender su ámbito de proyección más allá del estrictamente propio*, v.gr.*, para dar efectividad, incluso, al derecho al trabajo en sentido omnicomprensivo.

(27) Tras la modificación introducida por art. 13 Ley 3/2012 cit.

(28) Tras la modificación Introducida por el art. 18.4 Ley 3/2012 cit., reconoce que: *"El contrato podrá extinguirse:…b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación".*

interiores imprenta.indb 89 06/06/2017 06:37:42 a.m.

IV. EL DERECHO A LA FORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL ÁMBITO LABORAL

Es bien sabido que el derecho a la formación profesional –entendido en su sentido amplio– opera en dos ámbitos bien distintos: en el denominado "sistema educativo general"(29); y, en el conocido y acuñado "Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral" (el SFP*, en adelante*), en el que se fija la atención en este apartado del presente estudio. Se trata en este apartado de complementar las aportaciones generales de la LET sobre el derecho a la formación de los trabajadores con las más particulares que aporta la normativa básica que regula la formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. Y se parte de la premisa que: *"La formación para el empleo resulta clave a la hora de impulsar la empleabilidad de los trabajadores y la competitividad de las empresas, así como para garantizar una adecuada dotación de capital humano y competencias ajustada a un modelo de crecimiento sostenible. Todo ello en equilibrio con las necesidades específicas de ciertos colectivos de trabajadores con dificultades añadidas para la inserción laboral"*(30)

El SFP, dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y de las Comunidades Autónomas con competencias al respecto**,** está regulado por un complejo conjunto de normas (estatales y autonómicas)(31). El reparto de competencias formativas entre el Estado y las Comunidades Autónoma, ha sido y es objeto de sonoras controversias, algunas de las cuales han sido dilucidadas –no sin críticas–por el Tribunal Constitucional, una cuestión no resuelta definitiva que se cita para su general conocimiento, y para resaltar su importancia práctica.

La norma estatal básica vigente es la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, que regula el Sistema de Formación profesional para el empleo en el ámbito laboral (BOE, 9 septiembre)(32), todavía está pendiente de total desarrollo reglamentario, dejando así vigente transitoriamente algunas normas anteriores, como por ejemplo

(29) Compendio de enseñanzas académicas (desde educación secundaria obligatoria hasta doctorados universitarios), y enseñanzas profesionales de formación profesional (en sus tres diferentes grados), bajo la competencia del Ministerio de Educación y, en su caso, de las Consejerías de las CC.AA. según competencias de las mismas, reguladas a partir Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (BOE, 4 mayo), con sus diversas modificaciones, y complementada con muy numerosas normas estales de desarrollo, y con normas autonómicas, ver MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE: "Formación para el empleo: normativa aplicable", a consultar en http://www.educacion.gob.es/educa/incual/ice_legislacion.html

(30) CES: Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2915. Edit. CES. Madrid, 2016, pág. 323.

(31) Para normativa estatal, ver el compendio detallado de normas progresivamente actualizado del MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: "Formación para el empleo: normativa aplicable", consulta en: https://www.sepe.es/LegislativaWeb/buscarInformacionLeg.do?tipo=espFORM

(32) APILLUELO MARTÍN, M.: Derechos de formación profesional para el empleo. A propósito del RD-Ley 4/2015, de 22 de marzo. Revista Derecho Social, núm.72/2015.
En atención al reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA, previsto en la Constitución española de 1978 y en los Estatutos de Autonomía de las distintas CC.AA, se debe tener presente que esta Ley 30/2015, es la norma de ámbito estatal, a la que, en su caso, habría que añadir la norma dictada en cada CC.AA. con competencias sobre tal materia. A modo de ejemplos, ver: Decreto 82/2016, de 31 de mayo, por el que se ordena la formación profesional para el empleo en Euskadi (BOPV de 07 junio 2016); y para Catalunya, la

interiores imprenta.indb 90 06/06/2017 06:37:42 a.m.

el RD 395/2007, de 23 de marzo[33], una provisionalidad prolongada que genera desfases y concita críticas de muy dispar origen[34].

Los aspectos más generales del repetido "Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral", y en concreto, los del subsiguiente derecho a la formación de los trabajadores, se pueden resumir –siguiendo la mencionada Ley 30/2015 citada y las propias orientaciones ministeriales elaboradas al efecto[35]– de la siguiente manera.

El SFP está integrado por el conjunto de instrumentos y acciones que tienen por objeto impulsar y extender entre los trabajadores una formación que responda a sus necesidades (art. 1 Ley 30/2015). En punto a los sujetos beneficiarios de la formación y del correspondiente derecho, se previene que lo son tanto los que están en activo, como los parados. Expresamente se reconoce que entre los fines de la formación profesional ocupa un lugar primordial "*mejorar la empleabilidad de los trabajadores*", y "*especialmente la de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral*" (art. 2d Ley 30/2015). Y, en este escenario se incardina y reconoce que el disfrute de formación por parte del trabajador tiene la condición derecho subjetivo individual de acuerdo con las pautas establecidas al respecto en la legislación laboral básica (art. 3.1ª Ley 30/2015, *versus* art. 4.2b LET *cit. supra*).

A todo ello, y con un carácter más general, se añade que las distintas iniciativas de formación profesional para el empleo integradas en el SFP, se agrupan en tres modalidades: 1°) la denominada "formación de demanda" que agrupa iniciativas de formación programada por la propia empresa (formación subvencionada); 2°) la calificada de "formación de oferta" porque recoge iniciativas formativas ofertadas por las administraciones estales y autonómicas competentes para trabajadores desempleados y/o para trabajadores ocupados, entre las que se incluyen las dirigidas a colectivos más vulnerables frente al paro (formación subvencionada); y, 3°), la que se vertebra en torno a permisos individuales para recibir formación, por ejemplo, en alternancia para adquisición, mantenimiento o mejora de competencias y cualificaciones profesionales a modo y manera de formación permanente a lo

regulación formación profesional para el empleo, en Servei Formación Continua de Catalunya, en: http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/servei_fitxa.jsp?codi=13123

(33) La Disposición Transitoria primera Ley 30/2015 cit. trata del "Régimen Transitorio del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo (por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo), estableciendo que " Hasta tanto no se desarrollen reglamentariamente las iniciativas de formación profesional para el empleo señaladas en el artículo 8, se mantendrán vigentes las previstas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, y en su normativa de desarrollo,…las siguientes previsiones…". El precitado RD 395/2007, está desarrollado entre, entre otras, por la Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio.

(34) NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: El nuevo papel de la empresa en la formación para el empleo: una análisis de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 43/2016.

(35) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: Guía Laboral. Madrid, 2016, en especial, apartado 10.1 sobre "Formación Profesional para el empleo. Aspectos generales"; también puede consultarse en http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_4/contenidos/guia_4_10_1.htm

interiores imprenta.indb 91 06/06/2017 06:37:42 a.m.

largo de toda la vida de la población activa (arts. 8; 9; 10; 11 –para desempleados– y, 12, entre otros, y por lo que aquí interesa) [36].

Y en particular, la Ley 30/2015, al tratar de la formación de desempleados, se refiere a la denominada "*Oferta formativa para los trabajadores desempleados"* (art.2, y especialmente, 11 Ley 30/2015), y concreta que "*Con carácter general, la oferta formativa prevista… otorgará prioridad a los desempleados con bajo nivel de cualificación e incluirá preferentemente acciones dirigidas a la obtención de certificados de profesionalidad, además de aquellas otras que programen las Administraciones competentes de acuerdo a las necesidades de cualificación de la población desempleada, de las competencias requeridas por el mercado de trabajo* y de las ocupaciones y sectores con mayores perspectivas de empleo" (Art. 11.3 Ley 30/2015).

Y para concluir con el comentario del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral al amparo de la Ley que lo regula, conviene formular una doble apreciación sobre su operatividad. La puesta en práctica de las acciones de estas tres modalidades formativas tendrá en cuenta, tanto las previsiones establecidas en dicha Ley 30/2015, como las contempladas en la LET que han sido objeto de comentario (*v.gr.: ex* art. 23 LET citado); y, serán los servicios públicos, bajo las pautas estatales y/o autonómicas, los que organizarán las acciones informativas del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a los parados con el objetivo de lograr su (re)inserción laboral.

Natural, y lógicamente, en un estudio de estas características, no tiene cabida, un detalle sobre los muchísimos planes, programas y acciones formativas desarrolladas en las empresas, para sus trabajadores, ni ofrecidas por los correspondientes servicios públicos de empleo tanto de ámbito tanto estatal como autonómico (con participación y cofinanciación de la Unión Europea), para trabajadores en activo y para parados, tanto en general, como previstos para colectivos más vulnerables[37]; ni tampoco, se puede pormenorizar las acciones formativas para el empleo más recientemente ofertadas en idénticos ámbitos a favor de trabajadores en activo y de parados, aunque a modo de ejemplo se podría pasar revista, respectivamente, al Informe de la Convocatoria 2016 (con datos a 3 de octubre de 2016) de la Fundación Estatal para Fomento del Empleo[38], y al Catálogo de Ofertas de Formación de Cursos de 2016 del Instituto Nacional de Empleo (INEM)[39] que damos por reproducidos para comprobar la concepción y amplitud de algunas de las acciones formativas para el empleo

(36) Ver: Fundación Estatal para la Formación en el Empleo, en https /www.fundaciontripartita.org/

(37) Ver algunos datos y resultados de acciones formativas anteriores en: CES: Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2915, *op. cit.*; y, en CES: Informe 3/2015, *Competencias profesionales y empleabilidad.* Y sobre nuevas acciones formativas para trabajadores en activo, ver: Fundación Estatal para Fomento del Empleo: Informe convocatoria (estatal) 2016 (datos a 3 octubre 2016)

(38) www.fundaciontripartita.org/Noticias/Noticias/Convocatoria-2016---Informe-solicitud.aspx

(39) http://www.citapreviainem.es/cursos-inem/

interiores imprenta.indb 92 06/06/2017 06:37:42 a.m.

de trabajadores en activo y parados en el ámbito laboral más recientemente ofertadas desde las instancias estatales públicas, a las que habría de añadirse, las asumidas o patrocinadas por las Comunidades Autónomas con competencias al respecto, dicho sea todo ello en términos generales y a simples efectos ejemplificativos.

interiores imprenta.indb 93 06/06/2017 06:37:42 a.m.

DERECHOS SOCIALES O REVOLUCIÓN[1]

Jorge Rendón Vásquez[2]
(Perú)

Las propuestas de revolución socialista y derechos sociales han ocupado posiciones antagónicas a lo largo de unos ciento cincuenta años, interpoladas por ciertos momentos de conciliación.

¿Cuál ha sido la razón de ser de este enfrentamiento?

I. NOCIÓN DE DERECHOS SOCIALES

La expresión derechos sociales indica el conjunto de pagos, bienes, servicios y facultades atribuidos a los trabajadores y sus familias como beneficios adicionales a la remuneración y limitaciones a la duración del trabajo. Con este significado han sido incorporados en las declaraciones internacionales de derechos humanos con un nivel semejante al de los derechos civiles y políticos –Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)– y

(1) Artículo ya publicado en la revista *Reflexión*, Lima, mayo 2015. Le he hecho algunas correcciones para precisar ciertos hechos y conceptos.

(2) Doctor en Derecho, Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

interiores imprenta.indb 94 06/06/2017 06:37:42 a.m.

están incluidos también con diversos alcances en las constituciones políticas de numerosos países.

Sus ámbitos legales son: a) la normativa laboral, rectora de las relaciones entre empleadores y trabajadores determinadas por la ejecución del trabajo; b) la normativa de seguridad social, destinada a la cobertura de los riesgos sociales de enfermedad, accidentes comunes, maternidad, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y c) la normativa social, en general, para la atención de las necesidades de vivienda, transporte, entretenimiento, vacaciones y otras.

El costo de los derechos sociales, pagado directamente al trabajador o entregado a las entidades de seguridad social o al Estado, es un gasto o inversión en fuerza de trabajo que se transfiere al precio de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, conjuntamente con los gastos en medios de producción y la plusvalía o ganancia. Por lo tanto, en principio, no afectan el monto de la plusvalía, salvo cuando existe el derecho a la participación en las utilidades.

Desde las primeras décadas el siglo XX, los derechos sociales comenzaron a alcanzar una significación relevante. Su expansión y configuración, tal como son ahora en la mayor parte de países con economía de mercado o capitalista, advinieron luego de la Segunda Guerra Mundial como un efecto social de ésta.

II. IDEAS BÁSICAS DE CARLOS MARX SOBRE EL CAPITAL, EL TRABAJO, LA PLUSVALÍA, Y LA REVOLUCIÓN

Cuando Carlos Marx y Federico Engels formularon su ideología, en la segunda mitad del siglo XIX, no existían derechos sociales. La explotación de los obreros era ilimitada. La duración del trabajo y el monto de la remuneración se determinaban por la oferta y la demanda; y, como la oferta de fuerza de trabajo superaba la cantidad de puestos de trabajo, los capitalistas imponían sus condiciones. Los trabajadores las aceptaban por la necesidad de percibir un ingreso económico. Su ignorancia y rivalidad por acceder al empleo obstaculizaban la percepción de su enorme fuerza social si se unían.

La teorización de Marx (*Crítica de la Economía Política, Trabajo asalariado y capital, El Capital*) comenzó con la descripción de esta sociedad y su mecanismo estructural.

Marx constató que el trabajo es la fuente de cuanta realización humana existe, y sobre esta base enunció sus afirmaciones esenciales que pueden concretizarse en las siguientes:

1º. Los bienes necesarios para la producción y el consumo son el resultado del trabajo humano.

2º. Las herramientas, máquinas, construcciones, materias primas y otros bienes necesarios para la producción, que él denominó medios de producción,

interiores imprenta.indb 95 06/06/2017 06:37:42 a.m.

son cosas inanimadas, trabajo pasado acumulado, incapaces de funcionar y transformarse por sí mismas. El capital, como poder adquisitivo que permite adquirirlos, sigue la misma suerte: es inerte sin el trabajo.

3º. El trabajo aplicado a los medios de producción transfiere a los bienes resultantes el valor de los medios de producción y de la propia fuerza de trabajo y crea, además, un nuevo valor o plusvalía. Estos bienes con un valor de uso o utilidad y un valor de cambio se denominan mercancías por estar destinados al mercado. Al venderlos, el productor o capitalista recupera su valor de cambio.

4º. Los capitalistas se apoderan de la plusvalía, porque el orden jurídico –superestructura surgida para asegurar la estructura económica con el respaldo de la fuerza– los considera propietarios del capital empleado en la producción y, en consecuencia, los titulariza como organizadores de la producción y dueños de las mercancías resultantes. A los trabajadores sólo les pagan la remuneración que compensa apenas el desgaste de su fuerza de trabajo. La plusvalía acumulada es el capital.

El fin de la explotación de los trabajadores o del apoderamiento de la plusvalía por los capitalistas sólo podía advenir, para Carlos Marx, con una revolución que diese paso a la expropiación de los medios de producción a los capitalistas y el establecimiento de una sociedad socialista caracterizada por la propiedad social de los medios de producción, como primera etapa del tránsito hacia el comunismo. La revolución social sería el salto cualitativo hacia el cual marcha la estructura económica constituida por la clase capitalista y la clase obrera, como términos opuestos.

Las ideas de Marx fueron asumidas en Europa por muchos intelectuales y los dirigentes más ilustrados de los trabajadores. Su consecuencia inmediata fue la organización de la Primera Internacional en 1864, como un centro de difusión ideológica y de debate de las tareas que surgían para los dirigentes sindicales y políticos de la clase obrera.

III. OPOSICIÓN ENTRE REVOLUCIÓN Y DERECHOS SOCIALES

Uno de los temas que marcaría, imperceptiblemente aún en esos primeros momentos, el comienzo de una división entre los ideólogos y dirigentes marxistas fue el planteamiento de la lucha por la jornada de trabajo de ocho horas, que compartían con el anarquismo. Su conquista, mediante normas estatales, implicaba que la mejora de la condición obrera podía acaecer por una campaña de los trabajadores en la sociedad capitalista en la forma de manifestaciones, peticiones, huelgas y otras acciones antes de llegar a una revolución socialista.

La creación del Partido Obrero Socialista de Alemania por la unión del Partido Obrero Socialdemócrata, dirigido por August Bebel y Wilhelm Liebknecht, y de la Asociación General de Obreros Alemanes, cuyo líder era Ferdinand Lassalle, en la localidad de Gotha, en mayo de 1875, acentuó la brecha entre las ideas de Marx y una vía reformista, que suponía la participación de los socialistas en la dirección

interiores imprenta.indb 96 06/06/2017 06:37:42 a.m.

del Estado por elecciones. Marx lo hizo notar en su *Crítica del Programa de Gotha,* al que consideró una concesión a las propuestas reformistas de Lassalle.

El nuevo partido intervino en las elecciones de 1877, alcanzando 493,000 votos y nueve diputados. Un año después, los demás miembros del parlamento, representantes de los partidos burgueses, aprobaron una ley de represión de los socialistas y desaforaron a los representantes de éstos, acatando las disposiciones del canciller Bismarck.

Sin embargo, la mayor parte de teóricos del Partido Socialdemócrata Alemán, denominación adoptada por el Partido Obrero Socialista, y de otros grupos afiliados a la Segunda Internacional, insistieron en preconizar la vía electoral y las reformas sociales. Derogada la ley represiva en 1890, los socialistas obtuvieron 1'400,00 votos y treinta y cinco diputados en las elecciones de ese año. En los demás países europeos se organizaron también partidos socialistas, según el modelo alemán. El Partido Socialdemócrata Alemán obtuvo 110 diputados en las elecciones de 1912, la cuarta parte del total.

Desde fines del siglo XIX, los ingresos de los trabajadores aumentaron en Alemania y otros países de Europa occidental y, para una parte de ellos, comenzó a disiparse la desesperanza en la sociedad capitalista, al mismo tiempo que aumentaba su temor a los riesgos de la vía revolucionaria.

IV. LA VÍA REVOLUCIONARIA

Las ideas de Carlos Marx, sobre la transición al socialismo por una revolución, fueron asumidas por Vladimir Ilich Lenin, quien impulsó la creación de un nuevo partido constituido principalmente por revolucionarios profesionales, al que llamó Bolchevique, apartándose del Partido Obrero Socialdemócrata de Rusia en el congreso celebrado por este en agosto de 1903, en Bruselas y Londres.

Ante sus militantes apareció, sin embargo, la necesidad de definir una conducta respecto de las reivindicaciones inmediatas de los trabajadores, que denominaron económicas. La concibieron como un medio de difusión de su ideología, y de organización y movilización de los trabajadores mediante las asociaciones sindicales, aunque sin perder de vista el objetivo central de ir a una revolución socialista. En el Congreso de Amiens (Francia), celebrado en 1906, las organizaciones políticas y sindicales socialdemócratas acordaron separar la acción sindical de la acción política de los trabajadores. Los sindicatos serían organizaciones unitarias destinadas a la defensa de los derechos e intereses laborales de los obreros. Se abstuvieron de someterse a este criterio los socialistas de Gran Bretaña, cuyas organizaciones sindicales (*trade unions*) eran bases orgánicas del Partido Laborista. El partido Bolchevique ruso no estuvo presente en este congreso, pero no pudo dejar de acatar la decisión que allí se adoptó. La realidad de los obreros rusos era, sin embargo, tan paupérrima y ajena a toda mejora que la vía revolucionaria se les proyectaba como la única salida posible para acabar con su explotación.

interiores imprenta.indb 97 06/06/2017 06:37:43 a.m.

En julio de 1914 comenzó la Primera Guerra Mundial. Los partidos de la Socialdemocracia apoyaron a sus gobiernos en uno y otro lado, y sus representantes en los parlamentos votaron a favor de los créditos de guerra. En cambio, los bolcheviques y otros grupos afines a ellos se opusieron a la guerra. Dos años y medio después las matanzas de soldados y civiles entre los países beligerantes llegaban a más de diez millones y la miseria arrasaba a los países europeos. En febrero de 1917 estalló una revolución en Rusia que depuso al Zar y estableció un gobierno de la burguesía. Pero, contra la opinión de la mayor parte de la población, este gobierno no buscó la paz. Sin pérdida de tiempo, Lenin, con el pensamiento y la voluntad firmemente orientados hacia una revolución que arrojase a la burguesía del control de la economía y del Estado, condujo a su partido a movilizarse entre los obreros y soldados para detener la intervención de Rusia en la guerra, y con la participación de una parte creciente de ellos promovió la revolución socialista del 25 de octubre de 1917 que lo llevó al poder político. De inmediato, hizo estatizar las empresas y entregar la tierra a los campesinos.

Otra decisión del gobierno revolucionario fue el establecimiento de la jornada de ocho horas. Los seguros de enfermedad y vejez, según el modelo alemán de Bismarck, creados por el gobierno zarista, se extendían a muy pocos obreros. El gobierno los sustituyó al año siguiente por un sistema general de salud y otro de pensiones para toda la población, medidas que se aplicarían lentamente por la desorganización de la economía y la guerra civil.

V. LA VÍA DE LA CONCILIACIÓN CON EL CAPITALISMO

En Alemania, el Partido Socialdemócrata, asumiendo la protesta de la mayoría de la población y de los soldados contra la continuación de su país en la guerra, impulsó también la revolución popular que derrocó al Kaiser y estableció la república el 9 de noviembre de 1918. Tras hacerse cargo del gobierno, pidió a las potencias aliadas la terminación de la guerra, lo que llevó al armisticio del 11 de ese mes en Compiègne, Francia, que declaró concluida la guerra con la victoria de los aliados.

El partido Socialdemócrata Alemán hubiera podido instaurar alguna versión de socialismo con el apoyo de la mayor parte de la clase obrera y de los partidarios de la revolución. Pero se abstuvo de seguir esta vía, atendiendo a su posición ideológica reformista, y prefirió entenderse con la burguesía. Su primer paso en esta dirección fue el acuerdo celebrado el 15 de noviembre siguiente entre Carl Legien, en nombre de las organizaciones sindicales dirigidas por los socialdemócratas, y Hugo Stinnes y Carl Friedrich von Siemens, en representación de las organizaciones empresariales, por el cual los empresarios se comprometían a implantar la jornada de ocho horas y a conceder otras mejoras a los trabajadores, y los dirigentes sindicales a poner fin a las huelgas salvajes, garantizar una producción eficiente y mantener la propiedad privada de las empresas, y ambas partes a resolver sus diferencias por negociación colectiva. Con este acuerdo se quería además contrarrestar en los trabajadores alemanes las simpatías por la revolución rusa, cuya propagación el capitalismo quería evitar. Fue, en realidad, una contrarrevolución. Los

interiores imprenta.indb 98 06/06/2017 06:37:43 a.m.

espartaquistas, partidarios de la revolución, replicaron tomando las armas contra el gobierno socialdemócrata, pero fueron violentamente reprimidos por la policía y el alto mando del ejército por disposición del gobierno. Luego, este promovió la elección de una asamblea constituyente que se reunió en la ciudad de Weimar. En agosto de 1919, esta asamblea, por el voto conjunto de los socialdemócratas y los representantes de varios partidos de la burguesía, aprobó una constitución política por la cual se respetaba la propiedad privada y la libertad de contratación, se preveía la posibilidad de nacionalizar algunas empresas privadas indemnizando a sus propietarios, se reconocía la libertad sindical y la negociación colectiva, se creaban los consejos obreros de empresa y territoriales, se abría el camino hacia la obtención de determinados derechos sociales y se reafirmaba la organización del Estado como una democracia republicana y representativa, basada en la igualdad ante la ley. El Partido Socialdemócrata renunciaba así a la incautación de la plusvalía, la que permanecía como un derecho de los capitalistas. Confiaba en el acrecentamiento de los derechos sociales por vía de autoridad y por negociación colectiva. A los capitalistas no les preocupó mucho el mayor costo de estas mejoras. Esperaban recuperarlo con el mayor precio de los bienes y servicios, las innovaciones en los medios y procedimientos de producción y una capacitación mayor de los trabajadores.

Los partidos socialdemócratas de los otros países europeos, ampliamente mayoritarios frente a los partidarios de la revolución en sus filas, se alinearon con la posición del Partido Socialdemócrata Alemán.

Una repercusión inmediata del entendimiento entre la Socialdemocracia y los dirigentes de los países capitalistas que habían intervenido en la guerra fue la creación de la Organización Internacional del Trabajo por el Tratado de Versalles, de junio de 1919. Se le organizó como un gran foro mundial integrado por cuatro representantes de cada Estado: dos del gobierno, uno de los empleadores y otro de los trabajadores. Se le encargó la función de adoptar convenios sobre las relaciones laborales y otros aspectos sociales, que los Estados podían incorporar a su legislación interna. El primer convenio aprobado ese mismo año tuvo como tema la jornada de ocho horas.

Para el Partido Socialdemócrata Alemán esta era una vía más dilatada de reformas, justificada con el supuesto de que la sociedad capitalista no estaba aún preparada para una transición inmediata al socialismo. A la larga, esta posición se impuso en la confrontación con la vía revolucionaria en los países con economía capitalista y modeló, con caracteres básicamente semejantes en todas partes, la manera de ser de la sociedad capitalista en adelante. Las demás corrientes ideológicas, algunas de las cuales propugnaban retoques al capitalismo para impedir la eclosión revolucionaria de los trabajadores, se plegaron a la posición del Partido Socialdemócrata Alemán y al modelo de sociedad que este había logrado. La insurgencia del fascismo y del nazismo fue promovida por los grupos empresariales que rechazaron la afectación de su predominio por el “espíritu de Weimar”. Para encumbrarse, los dirigentes de ambos movimientos, financiados a raudales por aquellos, ganaron la adhesión hasta el fanatismo de la mayor parte de las clases

interiores imprenta.indb 99 06/06/2017 06:37:43 a.m.

obrera y media, empobrecidas por las crisis y la inflación, y se hicieron del control absoluto del Estado.

VI. LA EXPANSIÓN DE LA VÍA SOCIALISTA LUEGO DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, la Unión Soviética propulsó al establecimiento de regímenes socialistas semejantes al suyo en los países que había ocupado militarmente. Poco después, en China el Partido Comunista impuso también este régimen, tras derrotar al ejército nacionalista. En Indochina sucedió otro tanto tras la derrota del ejército francés en Dien Bien Phu en 1954 que condujo al establecimiento de un régimen socialista en el norte de Vietnam. Finalmente, en Cuba se erigió un régimen similar en 1960, luego de una revolución y una guerra contra una dictadura.

En estos países, el Estado, en posesión de los medios de producción, organizó la producción y distribuyó la plusvalía entre gastos de reproducción, gastos de consumo de la población, entre los que se incluían los de salud, educación, formación profesional, distracción y otros, y privilegios de los miembros del partido gobernante. Los derechos sociales pagados directamente a los trabajadores tomaron, por lo general, la forma de incentivos por rendimiento. La producción, la distribución y el consumo se regían por el plan económico y social.

VII. EL NUEVO PACTO SOCIAL EN LOS PAÍSES CAPITALISTAS EUROPEOS

En los demás países europeos se continuó con el esquema de la Constitución de Weimar, actualizado como un nuevo pacto social adoptado por los partidos políticos y las organizaciones sociales más importantes, incluidos los partidos comunistas. Este pacto fue formalizado como nuevas constituciones políticas.

En el ámbito internacional, el estado de ánimo reivindicativo de las mayorías sociales en la postguerra, llevó a los Estados reunidos en las Naciones Unidas a aprobar la Declaración de Derechos Humanos, en París, en diciembre de 1948. Estos derechos fueron clasificados como civiles, políticos, sociales y culturales. Correlativamente, la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo aprobó en junio de 1947 el convenio 81 sobre inspección del trabajo, en junio de 1948 el convenio 87 sobre libertad sindical, y al año siguiente, el Convenio 98, sobre las garantías de la libertad sindical y la negociación colectiva. Fueron sus logros más importantes en materia laboral.

En consecuencia, en los países capitalistas, la propiedad de los medios de producción y la plusvalía permanecieron en poder de los capitalistas, si bien el Estado recibió en mayor o menor grado la facultad de tomar una parte creciente de esta, valiéndose del impuesto a la renta, y de limitar la libertad de contratación y la propiedad privada. Se llegaba de este modo a un capitalismo reformado o

interiores imprenta.indb 100 06/06/2017 06:37:43 a.m.

regulado que recibió la denominación de Economía Social de Mercado o Estado de Bienestar.

La situación de las clases trabajadoras mejoró progresivamente por la generalización y eficiencia de los seguros sociales, la elevación de sus ingresos, la mayor oferta de bienes y servicios de precio relativamente reducido, la reducción de la duración del trabajo diario y semanal, el disfrute de vacaciones anuales de una duración cada vez mayor y la propia garantía de la vigencia del pacto social. En muchos aspectos, su condición fue mejor que la de los trabajadores de los países socialistas. El progreso social en los países con economía de mercado más desarrollados se reflejó en las cifras de distribución del ingreso nacional. En la década del ochenta del siglo pasado, la participación de las clases trabajadoras en la renta nacional se situó entre el 70% y el 80% en Europa y América del Norte.

Sólo en el Perú, se entregó una parte de la plusvalía directamente a los trabajadores durante el gobierno del general Juan Velasco Alvarado surgido de una revolución militar (1968 a 1975). Se les concedió una participación en las utilidades como ingreso de libre disposición (del 5% al 10%), y para constituir un fondo a invertirse en acciones de las empresas en las que trabajaban (del 8% al 15%), en ambos casos según el sector económico de cada empresa. Les confirió, asimismo, la estabilidad en el trabajo y otros derechos de gran importancia.

De manera general en los países capitalistas, la idea de una revolución social para instaurar el socialismo fue desechada o relegada a un futuro de realización incierta por los trabajadores y los partidos comunistas y otros de izquierda, excepto por algunos grupos con mínima raigambre popular empeñados en un cambio radical de la sociedad, aunque sin exponer el tipo de sociedad que deseaban instaurar.

VIII. LA OFENSIVA NEOLIBERAL CONTRA LOS DERECHOS SOCIALES

La reacción contra este esquema de desarrollo provino de ciertos ideólogos del capitalismo: el avance de los derechos sociales debía ser detenido –clamaron. Friedrich von Hayek en Londres (*The Road to Serfdom: Camino de servidumbre*, 1944) y Milton Friedman en Wisconsin (*Capitalism and Freedom: Capitalismo y Libertad*, 1962) abogaron por el retorno al liberalismo económico de Adam Smith y la desactivación de la participación estatal en el otorgamiento y resguardo de los derechos sociales. Ambos fueron galardonados con el Premio Nobel de Economía en 1974 y 1976, respectivamente.

A comienzos de la década del setenta, algunos de los más grandes propietarios de empresas de los países capitalistas y ciertos profesores universitarios y políticos de derecha se reunieron en Monte Peregrino (Suiza) para delinear un plan de acción. Poco después constituyeron la llamada Comisión Trilateral, financiada por el Chase Manhatan Bank. Cuando su proyecto estuvo listo, lo lanzaron como neoliberalismo. Sus primeros ejecutores en los países capitalistas de mayor desarrollo fueron Ronald Reagan en Estados Unidos y Margaret Thatcher en Gran Bretaña,

interiores imprenta.indb 101 06/06/2017 06:37:43 a.m.

en la década del ochenta. Ambos gobiernos confiaron una parte de la ejecución de su política económica para los países del Tercer Mundo al Fondo Monetario Internacional y al Banco Mundial.

En el campo social, el neoliberalismo, tomando la denominación de "flexibilidad", adujo que las relaciones laborales se habían tornado rígidas por los derechos sociales y que, en consecuencia, se les debía flexibilizar, reduciéndolos. Muchos profesores de Derecho del Trabajo, que habían defendido la función protectora de los trabajadores de este derecho, se dejaron seducir y se convirtieron en apóstoles desembozados o vergonzantes de la flexibilidad. En América Latina esta corriente fue impuesta con las sangrientas dictaduras establecidas en la década del setenta en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, y prosiguió en la década del noventa en casi todos los países de América Latina con gobiernos civiles constituidos, por lo general, por el voto mayoritario de los mismos trabajadores.

En el Perú, en la década del noventa, el gobierno de Fujimori erosionó radicalmente los derechos sociales reduciendo las remuneraciones, eliminando la participación patrimonial de los trabajadores en las empresas, alargando la duración del trabajo, dejando sin efecto la estabilidad en el empleo, limitando o desconociendo la libertad sindical y la negociación colectiva, disminuyendo la protección de la seguridad social y precarizando, en general, la condición de los trabajadores.

IX. OBVIAMENTE LAS GANANCIAS DE LOS EMPRESARIOS AUMENTARON

Esa escalada ha continuado en el Perú durante los períodos de Alejandro Toledo, Alan García y Ollanta Humala. Los grupos capitalistas más fuertes siguieron dictando las medidas económicas y sociales a través de ellos y sus partidos políticos, y estimulando la corrupción. Sus leyes concernientes a los trabajadores de la pequeña y la microempresa, y del campo redujeron a la mitad las gratificaciones anuales, la compensación por tiempo de servicios, las vacaciones y la indemnización por despido arbitrario y atacaron otros aspectos de las relaciones laborales de la mayor parte de trabajadores dependientes. Sólo pudo ser recuperada la estabilidad en el trabajo por una sentencia del Tribunal Constitucional en 2003.

En Europa y otros países capitalistas altamente desarrollados, la ofensiva neoliberal estuvo a cargo de los partidos conservadores y socialistas, llegados al poder político contradictoriamente por el voto de una gran parte de trabajadores. Para la derecha de los partidos socialistas se cerraba así su ciclo reformista. Contrariamente, la acción de los partidos comunistas fue absorbida casi totalmente por la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores dentro del sistema capitalista, muy lejos de la idea de revolución. En 1991, el Partido Comunista Italiano, uno de los más fuertes e influyentes en los países capitalistas, fue disuelto en un congreso. Había sido creado en 1921 para hacer la revolución. Descartada esta, la mayoría de sus dirigentes consideraron que su existencia era un contrasentido.

interiores imprenta.indb 102 06/06/2017 06:37:43 a.m.

Pese a haber sido la campaña neoliberal europea contra los derechos sociales menos brutal por la resistencia de los trabajadores, tuvo como resultado una disminución de la participación de los trabajadores en el ingreso nacional, que se sitúa ahora entre el 50% y el 65%.

X. UNA GRAN TAREA IDEOLÓGICA

A pesar de este retroceso, las mayorías sociales, y entre ellas la mayor parte de trabajadores de los países con economía capitalista, no estiman que haya de acudirse a una revolución social. Por lo menos, no todavía. Con la desaparición de los gobiernos socialistas del Este europeo, a fines de la década del ochenta y comienzos de la del noventa, ha perecido la predilección por ese modelo económico y social en la mayoría de trabajadores e intelectuales que creían en él.

Algunos simpatizantes del marxismo se resisten, sin embargo, a abandonar su permanencia conceptual en la sociedad rusa y sus conflictos como fueron hace cien años, dominados por placenteros hábitos emocionales, su adoración de ideas que germinaron para esa realidad o por pereza intelectual. La faz trágica de su anclaje en el pasado es la inútil inmolación de los más obsesionados por tales ideas, y de sus víctimas.

Con revolución o sin ella, las sociedades no podrían prescindir ahora de los derechos sociales y otros derechos humanos. Son elementos constitutivos de la estructura económica aportados por la evolución económica, social y política.

Pero el advenimiento de una sociedad socialista, compatible con el estado de desarrollo material y cultural de nuestro tiempo y ajena a las deficiencias y abusos de las experiencias fallidas de los regímenes socialistas extinguidos, está aún por definirse. La posibilidad de llegar a ella no se sustenta sólo en las condiciones materiales, sino también en la acción de las clases trabajadoras que, como parte de la estructura económica capitalista, conforman uno de los términos en la contradicción dialéctica fundamental de esta sociedad. Esa acción podría desencadenarse a partir de la percepción nítida por los trabajadores de que los empresarios al infringir radicalmente el pacto social con su política de desregulación y precarización de la situación económica, social y cultural de aquellos, los desobligan de atenerse a él.

La generalización de la necesidad de un cambio cualitativo de la sociedad en la conciencia de los trabajadores y los intelectuales, que son también en su mayor parte trabajadores, será una expresión de los cambios cuantitativos en la sociedad. El cambio cualitativo podría sobrevenir luego por una vía u otra.

interiores imprenta.indb 103 06/06/2017 06:37:43 a.m.

LA IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA CAPITALISTA EN LA ARGENTINA DE HOY

Jorge Luis Bastons[1]
(Argentina)

SUMARIO: I. Tiempo de presentaciones II. Tiempo de reflexiones III. Tiempo de conclusiones

I. TIEMPO DE PRESENTACIONES

Hacia fines de noviembre de 2016, recibí en mi casilla de correo un artículo doctrinario del prestigioso colega, Dr. Jorge Rendón Vásquez, titulado "Derechos sociales o revolución", que si bien ya había publicado el catedrático en la revista limeña "Reflexión" en mayo de 2015, ahora le agregaba nuevas y jugosas observaciones.

Al finalizar su atenta misiva invitaba a su difusión, tarea que aquí en lo sustancial intento, aunque lamentablemente sin la brillantez de su pluma e ingenio. Por lo que habrá de reconocérsele entonces al amigo del Perú todos los méritos del presente, y solo a mí los posibles errores.

(1) Profesor de la Universidad de la Plata (Argentina)

interiores imprenta.indb 104 06/06/2017 06:37:43 a.m.

Sin embargo, faltaría a la verdad si no dijera que no solo me mueven a escribir estos comentarios el pequeño homenaje que aquí le rindo al mentado estudio de Rendón Vásquez, sino que también motivan estas breves páginas mi intención de hacerles notar a los partidarios del capitalismo salvaje[2], que su extremismo ideológico es contraproducente hasta con aquellos valores que ellos mismos dicen sostener. Sencillamente, porque *no hay acción inútilmente cruel que no genere como mínimo una reacción simétrica de quienes la reciban…* Pero vayamos por partes, de a un paso por vez.

II. TIEMPO DE REFLEXIONES

En dicho estudio el laboralista peruano luego de definir los derechos sociales[3] y a sus tres ámbitos de aplicación legal (que bien podríamos sintetizar como las esferas de regulación de las condiciones laborales, las de la seguridad social propiamente dichas, así como de aquellas otras más generales que hacen al desarrollo integral del trabajador y su familia –como el acceso a la vivienda digna, a la educación, etcétera–[4]), culmina revelando que de ordinario los costos laborales que le insumen al capitalista el salario y cargas sociales del trabajador se terminan trasladando al precio de los bienes o servicios que éste brinda al mercado, por lo que dichos "costos" a ciencia cierta no incidirán, o al menos no fatalmente, en su plusvalía.

Marx entendía que: "Los capitalistas se apoderan de la plusvalía, porque el orden jurídico –superestructura surgida para asegurar la estructura económica con el respaldo de la fuerza– los considera propietarios del capital empleado en la producción y, en consecuencia, los titulariza como organizadores de la producción y dueños de las mercancías resultantes. A los trabajadores sólo les pagan

(2) "Friedrich von Hayek en Londres (The Road to Serfdom: Camino de servidumbre, 1944) y Milton Friedman en Wisconsin (Capitalism and Freedom: Capitalismo y Libertad, 1962) abogaron por el retorno al liberalismo económico de Adam Smith y la desactivación de la participación estatal en el otorgamiento y resguardo de los derechos sociales. Ambos fueron galardonados con el Premio Nobel de Economía en 1974 y 1976, respectivamente. A comienzos de la década del setenta, algunos de los más grandes propietarios de empresas de los países capitalistas y ciertos profesores universitarios y políticos de derecha se reunieron en Monte Peregrino (Suiza) para delinear un plan de acción. Poco después constituyeron la llamada Comisión Trilateral, financiada por el Chase Manhatan Bank. Cuando su proyecto estuvo listo, lo lanzaron como neoliberalismo. Sus primeros ejecutores en los países capitalistas de mayor desarrollo fueron Ronald Reagan en Estados Unidos y Margaret Thatcher en Gran Bretaña, en la década del ochenta. Ambos gobiernos confiaron una parte de la ejecución de su política económica para los países del Tercer Mundo al Fondo Monetario Internacional y al Banco Mundial". RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, trabajo citado en el cuerpo principal del presente.

(3) "Los derechos sociales son el conjunto de pagos, bienes, servicios y facultades atribuidos a los trabajadores y sus familias como beneficios adicionales a la remuneración y limitaciones a la duración del trabajo. Con este significado han sido incorporados en las declaraciones internacionales de derechos humanos con un nivel semejante al de los derechos civiles y políticos (…) y están incluidos también con diversos alcances en las constituciones políticas de numerosos países".

(4) "Sus ámbitos legales son: a) la normativa laboral, rectora de las relaciones entre empleadores y trabajadores determinadas por la ejecución del trabajo; b) la normativa de seguridad social, destinada a la cobertura de los riesgos sociales de enfermedad, accidentes comunes, maternidad, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y c) la normativa social, en general, para la atención de las necesidades de vivienda, transporte, entretenimiento, vacaciones y otras."

interiores imprenta.indb 105 06/06/2017 06:37:43 a.m.

la remuneración que compensa apenas el desgaste de su fuerza de trabajo. La plusvalía acumulada es el capital"[5].

Algo que no muchos conocen es que, como dice Raymond Aron en su *Ensayo sobre las libertades*, alguna vez existió un "joven Marx" que: "(…) no reniega ni de los ideales ni de las aspiraciones del movimiento liberal, del cual la Revolución de 1848 constituyó al mismo tiempo la expresión y el fracaso".

> "En su punto de partida, Marx no quiere mirar atrás hacia las conquistas de la Revolución francesa. Quiere terminarlas. Democracia, libertad e igualdad, esos valores se le imponen con toda evidencia. Lo que le indigna es que la democracia sea exclusivamente política, que la igualdad no vaya más allá del boletín de voto, que la libertad proclamada por la Constitución no impida el avasallamiento del proletariado o las doce horas de trabajo de las mujeres y de los niños".
>
> "Si bautizó con el nombre "formales" las libertades políticas y personales, no es porque las despreciase, sino porque le parecían insignificantes mientras que las condiciones reales de existencia continuaran impidiendo a la mayor parte de los hombres el goce auténtico de los derechos subjetivos. Crear una sociedad en la cual todos los hombres pudiesen, durante toda su existencia, realizar efectivamente el ideal democrático, tal era con toda seguridad la utopía hacia la que tendía el pensamiento del joven Marx"[6].

Finalmente apareció en escena el "viejo y conocido Marx", quien terminó prohijando junto a Engels la idea de fracturar el sistema capitalista mediante una revolución obrera que, apropiándose de los medios de producción, instaurase la dictadura del proletariado[7].

> "Según la interpretación revolucionaria del marxismo, la organización de la clase en un partido, la toma de poder por el partido y la dictadura del proletariado (o en nombre del proletariado) son etapas necesarias para la liberación, que implica ella misma la eliminación de las clases, una sociedad sin antagonismos y la fusión de la sociedad y el Estado (…)."[8]

Sostiene Rendón Vásquez que: "Uno de los temas que marcaría, imperceptiblemente aún en esos primeros momentos, el comienzo de una división entre los ideólogos y dirigentes marxistas fue el planteamiento de la lucha por la jornada de

(5) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, trabajo citado en el cuerpo principal del presente.

(6) ARON, Raymond, p.37/39, "Alexis de Tocqueville y Carlos Marx", Ensayo sobre las libertades, 1965, reedición 1991, Alianza, Méjico.

(7) "Las ideas de Marx fueron asumidas en Europa por muchos intelectuales y los dirigentes más ilustrados de los trabajadores. Su consecuencia inmediata fue la organización de la Primera Internacional en 1864, como un centro de difusión ideológica y de debate de las tareas que surgían para los dirigentes sindicales y políticos de la clase obrera". RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, precitado.

(8) ARON, Raymond, p.98, "Libertades formales y libertades reales", Ensayo sobre las libertades, ob., cit.

interiores imprenta.indb 106 06/06/2017 06:37:43 a.m.

trabajo de ocho horas, que compartían con el anarquismo. Su conquista, mediante normas estatales, implicaba que la mejora de la condición obrera podía acaecer por una campaña de los trabajadores en la sociedad capitalista en la forma de manifestaciones, peticiones, huelgas y otras acciones antes de llegar a una revolución socialista".(9)

De tal manera, en la Alemania de fines del siglo XIX se dio una interesante bifurcación de caminos entre los seguidores de Marx, que insistían en transitar la vía revolucionaria, y los partidarios de Ferdinand Lasalle, lúcido abogado reformista que creía en la necesidad de generar los cambios que el pueblo esperaba por la vía de los votos y las leyes sociales que, sin prisa pero sin pausa, en efecto fueron poco a poco mejorando las condiciones laborales y salariales de los obreros(10).

Ello volcó la balanza a favor de la continuidad del sistema de producción capitalista a la par que acrecentaba en los trabajadores fabriles el temor a la opción revolucionaria, que lejos de prender en países altamente industrializados como Inglaterra, Francia o Alemania, recién lo hiciera en la muy pobre y rural Rusia zarista de 1917.

Ya haciendo foco en los derechos sociales en sí, bástenos recordar que los mismos fueron apareciendo a partir de las primeras décadas el siglo XX(11), pero recién llegaran a alcanzar una significación relevante después de la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, no se podrá negar que los derechos sociales son una consecuencia directa de dicha cruenta guerra, incardinándose por ende su instauración normativa y fáctica como una necesidad de las democracias occidentales y monarquías parlamentarias de proveer bienestar real y duradero a sus sectores históricamente más postergados, lo que a su vez debería funcionar como un valladar frente a las tentaciones totalitarias que osaran jaquear su estilo de vida. Lo cual funcionó muy bien en el denominado primer mundo y ciertamente no tanto en el llamado tercero.

> "De manera general en los países capitalistas, la idea de una revolución social para instaurar el socialismo fue desechada o relegada a un futuro de realización incierta por los trabajadores y los partidos comunistas y otros de izquierda, excepto por algunos grupos con mínima raigambre popular empeñados en un cambio radical de la sociedad, aunque sin exponer el tipo de sociedad que deseaban instaurar"(12).

(9) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, precitado.

(10) "Seguramente le debemos a Alemania la invención del derecho del trabajo en su calidad de rama del derecho autónomo, que obedece a sus principios propios, distintos de aquellos del derecho civil. La cultura jurídica alemana, alimentada en el derecho romano, también se desarrolló en el siglo XIX, como reacción contra el racionalismo y el individualismo francés, tal como estaba expresado en el Código Napoleón". SUPIOT, Alain, p.26, Derecho del Trabajo, Heliasta, 2008, Buenos Aires.

(11) "En julio de 1914 comenzó la Primera Guerra Mundial. Los partidos de la Socialdemocracia apoyaron a sus gobiernos en uno y otro lado, y sus representantes en los parlamentos votaron a favor de los créditos de guerra. En cambio, los bolcheviques y otros grupos afines a ellos se opusieron a la guerra. Dos años y medio después las matanzas de soldados y civiles entre los países beligerantes llegaban a más de diez millones y la miseria arrasaba a los países europeos". RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, ya citado.

(12) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, citado.

interiores imprenta.indb 107 06/06/2017 06:37:43 a.m.

Por su parte, una vez finalizada la SGM el comunismo se propagó por las más diversas regiones del globo. El régimen marxista-leninista establecido en la Rusia soviética desde 1917 se extendió a los países ocupados militarmente durante ese conflicto, replicando en todos ellos un esquema de dominación pro-ruso. En China se impuso el comunismo de Mao luego de una guerra civil en la que vencieron al ejército nacionalista.

Francia en 1954 debió abandonar su colonia de Indochina por la fuerza de las armas. El esfuerzo bélico contra el comunismo en Asia lo continuaron los EEUU, quienes abandonaron Vietnam dos décadas después. En Cuba, en 1959, la revolución triunfante contra el dictador Batista, luego de ser apoyada por todo occidente y a poco de hacerse del poder, dio un vuelco inesperado de 180 grados en favor del comunismo(13).

III. TIEMPO DE CONCLUSIONES

En apretada síntesis y a esta altura del relato debería resultar harto evidente que la defensa y sostenimiento de los derechos sociales de la población son fundamentales para el sostenimiento de la Economía Social de Mercado. Por lo que ciertamente no se entiende o por decir lo menos, resulta difícil de explicar: ¿cómo puede ser posible que desde las más altas cumbres del poder político argentino, se fomente la vuelta a los contratos basura de la década de los noventa?(14)¿O peor aún, que se persiga la destrucción lisa y llana de los propios cimientos conceptuales del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social?

Es cierto, Fidel Castro se acabará de morir, pero el fantasma del comunismo estaba extinto desde hacía añares y por tanto ese "Cuco" ya no asustaba a nadie. En cambio Donald Trump ha sido electo presidente de los EEUU y todo parece indicar que si con anterioridad a ello los capitales extranjeros no invertían en la Argentina, pues ahora tendrán muchos menos incentivos para hacerlo.

Y créanme, tampoco vendrán porque en un pif paf nos decidamos a terminar con todos los derechos laborales de nuestra mano de obra. Hoy el cerebro importa más

(13) "En estos países, el Estado, en posesión de los medios de producción, organizó la producción y distribuyó la plusvalía entre gastos de reproducción, gastos de consumo de la población, entre los que se incluían los de salud, educación, formación profesional, distracción y otros, y privilegios de los miembros del partido gobernante. Los derechos sociales pagados directamente a los trabajadores tomaron, por lo general, la forma de incentivos por rendimiento. La producción, la distribución y el consumo se regían por el plan económico y social". RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, cit.

(14) El proceso de reformas encarado por la política neoliberal en los años '90 en la Argentina respondía a un programa político que propugnaba "un intenso proceso de desregulación, que permita tanto la privatización, como la descentralización, regionalización y provincialización de la actividad económica" (Fiel, 1987). En sintonía con las políticas aplicadas en Estados Unidos, Gran Bretaña y Nueva Zelanda, el grupo gobernante sostenía que el Estado era una traba para el desarrollo e inició una profunda y vertiginosa serie de reformas para minimizar su rol, que incluyó la privatización de casi la totalidad de las empresas públicas, la concesión de las rutas y ferrocarriles, la transferencia a las provincias de los servicios de salud, educación y construcción de viviendas, entre otras de igual talante. Las privatizaciones fueron complementadas por un intenso proceso de descentralización de competencias hacia los niveles subnacionales de gobierno. En cinco años, Menem ejecutó una descentralización de servicios educativos que implicó la transferencia al nivel provincial de 4.500 establecimientos, 250.000 agentes, 1.500 inmuebles y un presupuesto global equivalente a 1.500 millones de dólares. Similares procesos se produjeron en otras áreas, y como consecuencia de estas transformaciones, el perfil del Estado nacional había cambiado radicalmente hacia finales de esa década.

interiores imprenta.indb 108 06/06/2017 06:37:43 a.m.

que los brazos, por ende los buenos empleos se logran en los países que han sabido consolidar una masa laboral intelectualmente capacitada, lo que presupone contar con una población altamente educada e instruida en el manejo de las nuevas tecnologías, de la cual hoy, o bien carecemos, o no contamos en forma suficiente.

Tales hechos alarmantes deben invitarnos a cerrar filas para buscar salir a flote todos juntos. Eso si es que entendemos estar en el mismo barco. En dicho caso, habrá que proteger más las empresas locales subiendo los aranceles de los productos extranjeros que les compitan y bajando los de aquellos insumos que necesiten para producir mejor y exportar más. Pero cuidado, porque la mejora de la competitividad no puede construirse sobre la base de bajar costos laborales haciendo siempre el ariete sobre los salarios y condiciones laborales de los sectores sociales más débiles.

Las razones para oponernos a esos atropellos son lógicas y sencillas. Primero porque es inmoral, segundo, porque hoy es ilegal y tercero, porque es absolutamente tonto e inconducente, ya que no hay acción en tal sentido que no vaya a generar una reacción del colectivo de trabajadores que resulten afectados, quienes masivamente unidos, no solo no son débiles, sino que poseen la peligrosa potencialidad de voltear gobiernos y hacer zozobrar la sostenibilidad de ciertos esquemas o modelos productivos o ciclos de negocios.

Por ende, elijo creer que esos ataques verbales, amagues y fintas esbozadas desde la Presidencia de la Nación contra los principios esenciales del Derecho Laboral, sean tan solo un contrapeso posicional frente a los intentos de ciertos sindicatos de lograr mejoras salariales para sus agremiados y por tanto, solo dichas para procurar que no se dispare la inflación.

De todas formas, no suena para nada alentador que recientemente se haya vetado la ley anti-despidos, ni que en la Mesa de Diálogo de los argentinos se acuerde tan solo de palabra y por tanto sin que exista ninguna obligación legal vinculante, que la Unión Industrial diga que no despedirá más gente en los próximos meses[15].

Así las cosas, habiendo dejado esbozados varios de los preclaros conceptos del Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Don Jorge Rendón Vásquez, y habiéndole dado cauce a otros muchos de mi propia y exclusiva cosecha (no sea cosa que se le pegue al colega por mis extraviados dichos), cierro el presente trabajo permitiéndome recomendarle al llamado “círculo rojo”, que usen el cerebro y no maten a la gallina de los huevos de oro, no sea cosa que luego no se la pueda resucitar. O bien necesiten de otro líder populista con afán redistributivo, que más allá de sacarles las papas del fuego, los obligue a rendir tributo y pleitesía…

(15) “El problema del empleo y su incidencia sobre los actores sociales cubre una amplia gama de situaciones que se relacionan tanto con los efectos de la globalización de la economía como con los sujetos que se ven afectados por los procesos de reestructuración. (…) La globalización de la economía, en su proceso de transformaciones socioeconómicas, ha llevado a la regresión del empleo industrial y el desdibujamiento de la figura tradicional del obrero. En ese proceso se van desarticulando antiguos grupos e identidades sociales y se construyen otros. Aparecen nuevos fenómenos sociales que, dada su heterogeneidad y singularidad, no responden a las categorías sociológicas tradicionales con eje en el proletariado industrial” WHELE, Beatriz, “Empleo y actores sociales”, en Empleo y Globalización, VILLANUEVA, Ernesto (coordinador), p.207, UNQ, 1998, Buenos Aires.

interiores imprenta.indb 109 06/06/2017 06:37:43 a.m.

CONCILIACIÓN FAMILIAR Y NORMAS DEL TRABAJO

Martha Elisa Monsalve Cuéllar[1]
(Colombia)

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes temáticos a nivel de la O.I.T. III. Convenios y recomendaciones que abren la discusión. IV. El tema en la Unión Europea. V. Algunas disposiciones en la legislación colombiana. VI.-Balance entre la vida laboral y personal en Colombia. VII. Consideraciones finales.

ABSTRACT: The necessity to find the way to concíliate the labour time with the familiar duties has increased when the women arrive to job and was a very big problem to them to fine how to leave the children care and the housekeeping It is one of the consecuences of the big changes in the world specially in world work It is necessary to make a seeing what are doing some enterprises to help workers to find solutions.

KEYWORDS: women arrival to the job out home. Labour changes Familiar composition First ILO standars and recommendations some experiences and new kind of jobs.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta no evidenciarse la llegada de la mujer al mundo del trabajo y consecuencial cambio de lugar de prestación

(1) Doctora en Derecho y Ciencias Políticas, con estudios de Doctorado en la Universidad Castilla la Mancha. Especialización en Seguridad Social (Israel). Normas Internacionales del Trabajo en Turín y Negociación en Harvard y Derechos Humanos en el Instituto Berg (España). Docente Investigadora de la Universidad La Gran Colombia (Colombia).

interiores imprenta.indb 110 06/06/2017 06:37:43 a.m.

del mismo, ya que anteriormente las mujeres se ocupaban personalmente o con ayuda de otras mujeres, generalmente, del cuidado de la casa y los hijos pues no habían ingresado al mundo laboral porque tampoco se habían preparado para el trabajo como consecuencia de cursar solamente la educación secundaria en el mejor de los casos.

Con el acceso a la educación universitaria, técnica y tecnológica, las mujeres accedieron rápidamente a puestos de trabajo y empezaron en una carrera ascendente y vertiginosa a posicionarse como excelente capital humano que originó una gran oferta de trabajo para ellas aumentando la fuerza laboral femenina.

No se evidenciaba la ausencia del hogar de la mujer que permanencia al frente bien fuera ejecutando ella misma las labores de ama de casa o supervigilando su ejecución cuando contaba con ayuda.

En la medida en que se ausentaron del hogar para cumplir jornadas laborales, muchas veces sobrepasando la máxima legal, e inclusive llevándola a ausentarse por días y por semanas, fue necesario incrementar la prestación de servicios por parte de esas otras mujeres que ayudaban en servicios domésticos o que las parejas tomaran a cargo responsabilidades relacionadas con el hogar y con el cuidado de los hijos.

El tema no fue tratado a nivel legal ni se pensaba en legislación pertinente. No obstante desde 1981, la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T)[2] pero en referencia a la igualdad de oportunidades y tratamiento entre hombres y mujeres, es, lo que en nuestro sentir, abre paso a la discusión del tema sobre la conciliación de la vida familiar con el trabajo, como una responsabilidad de quienes conforman la pareja o núcleo familiar.

Consideramos parte de este tratamiento de igualdad, no solo de derechos sino de responsabilidades en el campo familiar que debe tratarse más a fondo y por consiguiente regularse dentro de la normatividad laboral.

Debemos sin embargo resaltar que es precisamente la familia como núcleo de la sociedad la que más se resiente con la ausencia de quienes deben esa atención y que con la adopción del Convenio 189, sobre trabajo doméstico y el reconocimiento, por demás justificado, a este sector de trabajadores de los derechos y garantías, que como tales, deben otorgarse, se hará más difícil en el caso de madres cabeza de familia o familias de ingresos medianos, acceder a la ayuda de estas personas, tomando mas impulso la temática de la conciliación de la vida laboral con la familiar, pero en cabeza de los integrantes de la pareja y como obligación frente a los hijos y la familia en general.

(2) Ilolex. Biblioteca de la O.I.T

interiores imprenta.indb 111 06/06/2017 06:37:43 a.m.

A lo largo de este trabajo nos proponemos desarrollar el tema desde la visión de la normatividad generada en la O.I.T como nos referiremos de aquí en adelante a la Organización Internacional del Trabajo[3].

II. ANTECEDENTES TEMATICOS A NIVEL DE LA O.I.T

Es el Convenio 156 adoptado por la 67ª Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Ginebra el 23 de Junio de 1981, la que adopta este Convenio. Con referencia a la Declaración de Filadelfia de 1944, con el reconocimiento a los seres humanos, sin ninguna distinción, la igualdad de derechos.

Recordando que el Convenio 100 y la Recomendación 90 sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres de 1951, adoptados durante la 34ª Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra y el Convenio 111 y la Recomendación de 1958 adoptadas en la 42ª Conferencia sobre discriminación en el empleo y ocupación y el numeral VIII de la Recomendación 150 adoptada durante la 60ª Conferencia en 1975, sobre recursos humanos (hoy ya no se habla de recurso humano puesto que el hombre no es un recurso sino un capital) y la importancia de la promoción de igualdades entre hombres y mujeres, fueron instrumentos interpretativos de esa Declaración de Derechos Fundamentales, promulgada para enfatizar el reconocimiento del importante principio como una de las expresiones más trascendentales del derecho de los seres humanos a la igualdad.

No solamente las Naciones Unidas, sino otros organismos especializados, también han adoptado instrumentos sobre la igualdad de oportunidades de trato para hombres y mujeres en especial el párrafo decimo cuarto del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas en 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en el que se indica que los Estados que se constituyan en partes del Convenio, para lograr una verdadera igualdad entre hombres y mujeres, deben modificar el papel tradicional, tanto del hombre como de la mujer, en la sociedad y en la familia.

Es por ello que consideramos que son estos instrumentos basados en la igualdad de género, que han llevado a que se considere como otro elemento de igualdad, el conciliar la vida laboral con la familiar, conservando la equidad y que no debe ser la mujer, quien desde antaño asumió la responsabilidad familiar, la que asuma este rol toda vez que la sociedad moderna la llevó a tomar el de trabajadora, compartiendo muchas veces las cargas familiares con su esposo o compañero y más temprano que tarde muy seguramente estaremos presenciando el desarrollo del tema en parejas del mismo sexo.

(3) Fundada en 1919 como organismo de las Naciones Unidas la cual conserva el carácter de asesor.

interiores imprenta.indb 112 06/06/2017 06:37:43 a.m.

III. CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA O.I.T

Son precisamente dos instrumentos internacionales, el Convenio 156, adoptado en la 67ª Conferencia Internacional del Trabajo, junto con la Recomendación 165 de 1981 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, en donde se establecen las bases del desarrollo del principio de la conciliación de la vida laboral con la familiar, que es materia de este trabajo que presentamos hoy y con los cuales consideramos que se abrió la discusión desde 1981 con la adopción de dichos instrumentos.

Tuvimos oportunidad de escuchar al Profesor Cassio Mesquita Barros(4) en una de sus excelentes intervenciones académicas, en los Congresos Internacionales a los cuales nos ha acompañado, que la O.I.T, lo ha dicho todo en materia laboral.

Compartimos las afirmaciones del Maestro, pues es allí donde se originan las discusiones tendientes al reconocimiento de derechos y garantías para los trabajadores, los cuales se plasman en los instrumentos internacionales que se adoptan en las Conferencias Internacionales del Trabajo a partir de la fundación de la O.I.T en 1919 y que entran a formar parte de las legislaciones nacionales una vez se surte el proceso de la ratificación o por formar parte del bloque de constitucionalidad.

Es por ello que debemos destacar el numeral 1 del Artículo 3 del Convenio 156 que a la letra dice: “Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo o ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales”.

Observamos por tanto que en este texto ya quedan sentadas las bases de la importancia del tema de la búsqueda de la forma de conciliar la vida laboral con la familiar a partir de la década de los 70, como lo veremos al referirnos a la Unión Europea cuando allí se desarrolla el tema.

La Recomendación 165 que acompañó al Convenio 156 adoptada en la misma Conferencia 67ª con miras a la aplicación a trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia hijos a su cargo cuando tales responsabilidades conlleven limitación de posibilidades para prepararse para la actividad económica, permanecer en ella o progresar(5).

Dijo la Profesora autora de este artículo: “En el caso de las mujeres académicas, éstas cada vez tienen mayor presencia en las instituciones de educación superior y centros de investigación”, pero anota que “en el ámbito académico a nivel mundial,

(4) Profesor Emérito de la USPI por 16 años miembro de la Comisión de Expertos de la O.I.T

(5) Condiciones de Trabajo y Seguridad Social. Alejandra Montes de Oca. Maternidad, familia y trabajo. en Académicas, págs. 187, UNAM.

interiores imprenta.indb 113 06/06/2017 06:37:43 a.m.

persisten diferencias significativas en cuanto a salarios, productividad económica, oportunidades de promoción y "visibilidad", con inusitada frecuencia nuestros trabajos permanecen en la sombra".

Aclara igualmente la Recomendación, de que no solamente es con respecto a hijos a su cargo y cuidado, sino a otros miembros de familia que directa o indirectamente, requieran de cuidado y sostén.

No era precisamente la época de adopción de estos instrumentos, cuando ya se advertía el cambio poblacional que vendría a convertirse en otra gran necesidad de conciliar la vida familiar con la laboral ante la presencia de personas adultas que requieren de cuidados especiales por no existir instituciones sostenidas por la seguridad social y que aun no contamos con la profesión de "cuidadores " de estas personas y ya se mencionaba la extensión a familiares presagiando la ocurrencia del este fenómeno poblacional que tanto nos preocupa.

Otra consideración importante de la Recomendación 165 es la relativa a la reintegración de esos trabajadores con responsabilidades familiares a la fuerza de trabajo, cuando han debido permanecer ausentes de la misma por responsabilidades familiares. Es aquí donde integramos el concepto de igualdad de derechos con la igualdad de obligaciones, cuando se trate de responsabilidades familiares en donde no debe discriminarse entre hombres y mujeres y adoptar el sentido de obligatoriedad para ambos géneros en presencia de esa circunstancia.

Otro instrumento internacional más reciente es el Convenio 175 que empieza a dar posibilidades con una forma de trabajo que permita la conciliación de este con la vida familiar. Es la consagración del trabajo a tiempo parcial para el trabajador asalariado cuya actividad laboral no se sujeta a la jornada máxima legal, al cual las partes en uso de la autonomía de la voluntad podrían llegar precisamente para favorecer esa conciliación de la vida familiar con la laboral.

Igualmente el Teletrabajo del cual ha sido Colombia país a la vanguardia en cuanto a reglamentación se refiere y en donde ha tenido un gran desarrollo, el que presenta más posibilidad de armonizar la vida laboral con la familiar.

Es el Artículo 4 del referido Convenio que plantea la forma en que podría darse paso a esa conciliación conservando los derechos y garantías del trabajador a tiempo completo.

Lamentablemente quienes pretendieron que la asignación salarial y la liquidación de prestaciones sociales, así como la no posibilidad de cotización a la seguridad social con base en lo devengado, en lo que respecta a Colombia, impidieron un mayor desarrollo de esta posibilidad, que por fortuna empieza a revaluarse por la entrada en vigencia de normas de seguridad social que permiten la cotización por debajo del salario mínimo legal vigente cuando se trabajan jornadas inferiores a la máxima legal. Así las cosas, se estaría admitiendo la posibilidad del pago proporcional a las horas trabajadas tomando como base el salario mínimo legal mensual

interiores imprenta.indb 114 06/06/2017 06:37:43 a.m.

vigente. Es nuestra opinión que esto favorecería enormemente la conciliación de la vida familiar con la laboral o la armonización como preferimos llamarla para no dar la idea de conflicto.

No obstante con la adopción reciente del Convenio 189 de 2011 sobre trabajadores domésticos, que con justicia social lo hacen merecedores de las garantías y protección del derecho laboral y la seguridad social que en la legislación colombiana y por la vía jurisprudencial se les habían venido otorgado los derechos inherentes al trabajador en general, exceptuando lo correspondiente a la prima de servicios y por exclusión legal ya que su denominación los identifica como no vinculados a una empresa como unidad de explotación económica(6). No obstante la Corte Constitucional mediante Sentencia que analizó discriminatoria esa exclusión y reciente Ley reconocen el derecho a la prima de servicios a los trabajadores domésticos.

Manuela Tomei en el 2010, manifestaba que el servicio doméstico absorbía un porcentaje importante de la población activa del 5 al 9% en los países en vía de desarrollo en lo cual estaríamos incluidos. Ella efectuaba el examen de las condiciones de trabajo de estas personas y las condiciones para mejorarlas lo que efectivamente se logra con el Convenio 189 de 2011.

Hoy en día consideramos que ese porcentaje ha podido variar por los costos que representa para el empleador de un trabajador doméstico, además de pagar el salario mínimo legal mensual vigente el porcentaje de parafiscales y prestaciones sociales, lo que convierte en inalcanzable la vinculación de estos trabajadores para familias de menores ingresos.

Mediante la Ley 1595 de 2012 se aprueba en Colombia el Convenio sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores del sector doméstico con lo cual se da efecto inmediato al Convenio, a pesar de los derechos y garantías existentes para este grupo poblacional desde el DL 2351 de 1965 Reglamentario de la Ley 6ª de 1945 , donde ya encontramos disposiciones que analizan otros grupos de trabajadores y allí aparecen los servidores domésticos, una de las razones por las cuales el sector empleador, no voto la adopción de este Convenio en la 100ª Conferencia Internacional del Trabajo.

Nos asalta el temor y ya lo expresamos en la parte introductoria de este escrito, que no es infundado, de que muchas madres, cabeza de hogar, de las cuales existen tantas en la sociedad moderna por diferentes factores, así como en familias donde inclusive ni sumando los dos ingresos de la pareja, puedan afrontar el costo mensual de un trabajador doméstico. Con ello será mucho más urgente buscar la forma de conciliar esa vida familiar y laboral que permita que esas obligaciones familiares sean repartidas entre ambos, alternando en las tareas que con respecto a los hijos y familiares tienen que cumplir y que no obligue a alguno a dejar un trabajo remunerado para dedicarse por entero a atender esas obligaciones sacrificando su

(6) TRABAJO. Revista de la O.I.T Nº 68. Abril de 2010. Manuela Tomei.

interiores imprenta.indb 115 06/06/2017 06:37:43 a.m.

aspiración personal y laboral lo que en nuestro sentir además de discriminatorio, sería injusto para quien tuviera que hacerlo.

¿Cómo asimilaran los empleadores esta circunstancia real que se ha venido evidenciando y que consideramos cada día se acentuará su ocurrencia?

Es probable que ese incremento del teletrabajo o "homework" como muchas multinacionales están denominando la tarea que cumple el trabajador desde su casa para utilizar la tecnología moderna y la enorme facilidad en las comunicaciones pero que le permitirá igualmente permanecer más tiempo en el hogar cumpliendo muchas veces la tarea de una simple compañía que pueda tomar alguna acción en caso de emergencia por ejemplo cuando de persona adulta se trata.

Vuelve a insistir el Convenio 189 en su Preámbulo, en los Convenios sobre los trabajadores con responsabilidades familiares queriendo ello significar que para la O.I.T se mantiene vigente un tema asumido en 1981, es decir hace más de 30 años.

IV. EL TEMA EN LA UNIÓN EUROPEA

Maria Amparo Ballesteros(7) en análisis terminológico considera que cuando se habla de conciliación es la referencia a uno de los medios de solución de conflictos por lo cual debería acudirse al término "reconciliación", no participamos de este concepto por considerar que lo que tratamos precisamente es de buscar solución al conflicto que se plantea cuando no es posible atender tanto a las obligaciones familiares como a las laborales siendo mucho más adecuado plantear una armonización, como ya lo hemos planteado entre la vida laboral y la vida familiar.

En tanto Teresa Pérez del Rio(8) analiza el régimen jurídico de la conciliación en España, con base en las instituciones diseñadas por el legislador español para garantizar la compatibilidad de la vida personal, familiar y profesional acercándose más a lo que venimos planteando.

Participamos mucho mas de este enfoque que denota la importancia que sean compatibles y no antagónicas las actividades laborales, profesionales y personales y no analizar a través del conflicto que siempre genera controversias y hace más difícil el encuentro de fórmulas que hagan compatibles esas circunstancias cada vez mas dadas en la sociedad actual.

Acogemos y propugnaremos por la denominación de compatibilidad armonización, cuando nos refiramos al tema de buscar hacer compatibles la vida familiar con la laboral.

(7) Catedrática de la Universidad de Valencia. Monografía 747. Editorial Tirant 2010.
(8) Catedrática de Derecho de la Universidad de Cádiz en la misma monografía.

interiores imprenta.indb 116 06/06/2017 06:37:43 a.m.

Habiendo quedado atrás el aspecto de los “roles” que antaño estaban en cabeza de la mujer, por su no participación en el mundo del trabajo, debemos analizar la corresponsabilidad, entendida esta, como la existente a través de los aportes de la mujer al sostenimiento de la familia que le conceden igualmente derechos a participar de derechos inherentes a esa división de obligaciones frente a todo lo relativo a la vida familiar.

Esa corresponsabilidad fue tratada por la Directiva 2010/18 UE la que acogemos en el sentido en que lo hemos expresado anteriormente.

En cuanto a los derechos concedidos a la mujer en cuanto al papel que le ha correspondido por el género, relativo a la maternidad y la lactancia, inherentes a su naturaleza humana y obviamente no podrán ser materia de corresponsabilidad más si de enorme cooperación y ayuda.

No obstante hoy día es muy fácil que el padre se ocupe de alimentar al bebé que inclusive la madre deja en el refrigerador su leche, debidamente envasada para suministrar al hijo, tarea que puede ser adelantada por el padre mientras la madre cumple con otras actividades. Esto resultaba completamente imposible en épocas pretéritas. De esta corresponsabilidad en muchas instancias, se sustentan, en un modelo familiar univoco, basado en una relación heterosexual.

La nueva tendencia precisamente basada en los principios de libertad y respeto por la personalidad, nos enfrenta a conceptos e interpretaciones en los que difícilmente podemos encontrar una corresponsabilidad por razones genéticas.

Estamos de acuerdo y compartimos plenamente lo expresado en la Conferencia Mundial de Mujeres llevada a cabo en Ginebra durante la realización de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1995, cuando expresaron que ellas no han designado a los hombres para que soliciten derechos y garantías a su nombre y en razón al género. Su deseo radica en que de parte de los Estados, reciban la facilidad para cumplir con los roles que la naturaleza les ha otorgado. En ello estamos completamente de acuerdo.

No obstante todo lo que tiende a buscar esa conciliación, o mejor esa compatibilidad, entre la vida familiar y laboral, como hemos preferido llamarla, siempre es feminizada y a pesar de que los operadores jurídicos, tienden siempre a ubicarla mas dentro de las tareas del hogar y los roles naturalmente femeninos, con lo cual se mantiene el concepto de discriminación por razón de género, en lo cual no estamos de acuerdo porque sencillamente, se torna en un efecto nocivo que repercute, que en el fondo y aun contra ley, se prefieran hombres para determinados cargos y se pierda la posibilidad en muchos casos de ascensos en su vida profesional.

Consideramos que estos aspectos en el mundo de hoy pasan por una nueva etapa en donde mediante el dialogo social y llegando a un contrato social se logre la compatibilidad del trabajo y crecimiento profesional, con la vida familiar.

interiores imprenta.indb 117 06/06/2017 06:37:43 a.m.

V. ALGUNAS DISPOSICIONES EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Por considerar que nuestra legislación mediante normas laborales ha dado paso a que el hombre correlativamente cumpla con obligaciones y participe de circunstancias encaminadas a participar de diversas maneras en el rol que a la mujer le compete en razón del género, mencionaremos entre ellas las siguientes[9]:

- Licencia remunerada de paternidad mediante la cual la madre cede al padre una semana para que participe de las actividades propias del hecho del nacimiento del hijo.
- Ley 1580 de 2012 por la cual se crea la pensión familiar.
- Ley 1496 de 2011 por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial entre hombres y mujeres.
- Ley 1468 de 2011 licencia remunerada de paternidad a cargo de la EPS.

VI. BALANCE ENTRE LA VIDA LABORAL Y PERSONAL

La Revista Hombre & Trabajo[10] en su reciente publicación dedica al tema una serie de artículos muy importantes, de los cuales comentaremos los más relevantes.

Se encuentra en las nuevas formas de trabajo que las empresas multinacionales más antiguas y radicadas en nuestro país, vienen ofreciendo y que en estudios de investigación realizados llevan a la conclusión de que son precisamente esas formas de trabajo flexibles en cuanto a horarios y forma de desarrollar el trabajo, donde se está dando cabida a la posibilidad de hacer compatible la actividad laboral con la familiar.

En esas nuevas formas de trabajo y a la cual nos referimos anteriormente, el teletrabajo, arroja cifras de utilización bastante considerables que nos llevan necesariamente a considerar que se ha venido posicionando en el mercado laboral y que el mismo Ministerio de Trabajo acompaña mediante los programas que desde allí se vienen realizando.

En Colombia existen más de 4.200 organizaciones que cuentan con un modelo de Teletrabajo, quienes a su vez, tienen un promedio de 31.500 teletrabajadores. Este ha sido reglamentado mediante la Ley 1221 de 1998 y el decreto 884 de 2012.

Pero son los mismos trabajadores que prestan sus servicios mediante esta modalidad, quienes se encuentran más satisfechos porque han podido encontrar el balance entre la vida familiar y la laboral.

(9) Compendio Teórico y Práctico de Derecho del Trabajo. Colegio de Abogados del Trabajo y Legis. Primera Edición. 2013. Pág. 289.

(10) Revista Hombre & Trabajo de ACRIP Nacional Nº 94 /2013.

interiores imprenta.indb 118 06/06/2017 06:37:43 a.m.

La Revista a la cual nos hemos referido, entrevistó a ocho colaboradores de diferentes niveles y de diferentes empresas sobre las percepciones sobre la calidad de vida laboral y personal, la integración de sus familias y el teletrabajo.

El "Agile Working" que ha implementado como modelo exitoso, Unilever y que nace en el 2007, descubre que necesitaba menos escritorios y más horas de trabajo en equipo.

Lo importante son las actividades que se realicen en torno a la consecución de resultados y el cumplimiento de metas, brindando mayor flexibilidad para trabajar desde cualquier lugar y las herramientas necesarias para que las personas trabajen lo más cómodas posible, lo que se traduce en productividad, esta empresa es uno de los casos más exitosos de la implementación del Teletrabajo.

El modelo de teletrabajo de Yahoo declara: *"Si quiere innovar, necesita interacción y si quiere productividad, necesita que la gente trabaje en casa"*.

Por último el modelo, "Work&lifeIntegration" de I.B.M de Colombia dice que una de las características que han conseguido las empresas, al pasar la barrera de los 100 años, no solo en Colombia, es que tienen la cualidad de mantener un positivo balance entre la vida laboral y personal de sus colaboradores. Balance que se refleja en los sentimientos de beneplácito de los familiares que incluso manifiestan el deseo de trabajar en la misma organización.

Uno de los valores fundamentales de IBM es la confianza y la responsabilidad en cada acción "Como empresa confiamos en nuestros empleados y les brindamos la oportunidad de manejar su tiempo de forma que, sin impactar sus responsabilidades laborales, puedan satisfacer sus necesidades personales Esta última acción, la da la flexibilidad laboral, implementada por IBM manejando el concepto de movilidad con el Teletrabajo.

No obstante en la revisión de estos casos, encontramos que en estas empresas se mezclan conceptos de responsabilidad social empresarial relativos al bienestar de los trabajadores y sus familias que de alguna manera repercuten en el buen balance entre la vida laboral y familiar.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Como lo hemos expresado a través del recuento, especialmente de las normas internacionales del trabajo, precisamente adoptadas con respecto a la equidad de género y prohibición de discriminación, por esta razón las que abrieron paso a la necesidad de considerar la correlatividad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres y que igualmente se pensara en la importancia de la compatibilidad de la vida familiar con la laboral y profesional, que a través del Dialogo Social se puede alcanzar, sin necesidad de llegar a los extremos que nos lleven a utilizar la conciliación como medio alternativo de solución de un conflicto.

interiores imprenta.indb 119 06/06/2017 06:37:43 a.m.

No podemos ubicar esta situación dentro de las características del conflicto ya que son generadas, no por actividad de las partes, sino gracias a las circunstancias del mundo moderno que ha evolucionado de una manera vertiginosa en los últimos 60 años, colocándonos en situaciones insospechadas e inimaginables.

Definitivamente es necesario el cambio de paradigmas que las mismas circunstancias de la evolución del trabajo nos llevan a replantear. Pasar del concepto del cumplimiento de una jornada laboral, en un sitio de trabajo por esa movilidad, que permite realizar el trabajo desde cualquier parte, con el apoyo de la tecnología en la cual las empresas están invirtiendo tanto para permitir precisamente esa compatibilidad entre la vida laboral y familiar sin sacrificar los conceptos de productividad y eficiencia.

Lo que importa es la tarea efectuada oportunamente con calidad que conlleva alta productividad y un alto nivel de satisfacción para quien la realiza. Estas parecen ser las fórmulas para dar paso a la inminente necesidad del mundo moderno, de buscar una forma que permita que la actividad laboral no compita, ni choque con la vida familiar.

No podremos tornar al pasado. Las costumbres cambiaron y quedaron atrás, imposible concebir a la mujer en el marco del hogar realizando las actividades propias del cuidado de la casa y los hijos. Son tiempos superados para bien o mal de la sociedad.

Muchas veces hemos considerado que si bien las mujeres hemos logrado tantas cosas positivas que nos han permitido realizarnos en el campo personal profesional, pero el costo ha sido muy alto, ya que el cumplimiento de tantos y difíciles roles ha dejado un tanto relegado el del hogar, suplantado muchas veces por la magia de los celulares que nos hacen imaginar, que se materializa nuestra presencia en casa, cuando preguntamos "hiciste la tarea del colegio" y seguramente el niño o niña contesta frente al computador, donde ojala este jugando, y no en actividades peligrosas para su formación, eso sí, muy entretenido "si mami ya las hice". Los resultados escolares lo dirán.

Por ello es importante esa correlatividad con el padre, que asuma parte de esos deberes y comparta, como compensación, a lo que fue tan propio del papel masculino, proveedor de la familia.

Los tiempos han cambiado, los roles también y por ello se requiere la aplicación plena del concepto de EQUIDAD DE GENERO para facilitar precisamente a ambos, el cumplimiento, no solo de sus obligaciones, sino la realización, que como seres humanos desean y tienen derecho a alcanzar.

interiores imprenta.indb 120 06/06/2017 06:37:44 a.m.

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL: UNA MIRADA AL CASO FRANCÉS

Eleana Rodríguez Castillo[1]
(Perú)

I. INTRODUCCIÓN

Es innegable que el uso de la tecnología en las comunicaciones, el acceso al internet y al conocimiento "con un clic" han facilitado la vida cotidiana de las personas, sin embargo así como existen aspectos positivos a destacar, también encontramos zonas porosas a tener en cuenta. En efecto, el uso de la digitalización y los TIC[2] ha tenido igualmente un fuerte impacto en el mundo del trabajo a tal punto que, hoy en día, la figura de jornada de trabajo viene siendo relegada por el concepto de carga laboral, lo cual conlleva a que en muchas ocasiones el estar disponible

(1) Abogada laboralista, egresada de la Universidad Nacional de Trujillo (Perú). Master en Derecho Social con mención en Derecho Laboral por la Universidad de Auvergne (Francia). Estudios de Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Ex Sub Intendente de Actuaciones Inspectivas-SUNAFIIL. Docente del curso de Derecho Laboral en la Universidad Privada del Norte (UPN-Lima). Miembro de la Asociación "HORIZON SOCIAL" del Master 2 Droit Social de la Universidad de Auvergne (Francia).

(2) TIC: Tecnología de la información y de las comunicaciones.

interiores imprenta.indb 121 06/06/2017 06:37:44 a.m.

al trabajo 24h/24h traspase la delgada frontera que delimita la vida profesional y personal de los trabajadores, exponiéndolos a continuar con largas jornadas laborales fuera de los límites de ley y del lugar de trabajo establecido. En este sentido, la falta de regulación y el uso indebido de los TICs puede tener consecuencias negativas en la organización del trabajo, y afectar de igual manera, la salud de los trabajadores e incluso condicionar y ampliar los factores de riesgos psicosociales dentro de las empresas. Conscientes de esta problemática, el pasado 08 de agosto del 2016, el gobierno francés decidió tomar cartas en el asunto, promulgando una ley que reconoce por primera vez, "el derecho a la desconexión laboral", como un mecanismo legal para hacer frente a los embates de los TICS y su influencia negativa en el mundo del trabajo, buscando proteger la salud de los trabajadores a través de esta norma.

Según las estadísticas proporcionadas por el Ministerio de Trabajo, del Empleo, de la Formación Profesional y del Dialogo Social de Francia(3), correspondientes a septiembre del 2016, el 37% de trabajadores recurren a los dispositivos digitales de carácter profesional fuera del horario de trabajo, frente a un 62%de trabajadores que reclaman una regulación especial de estas nuevas tecnologías de la información.

Es bajo este contexto, que la dación de la Ley "Loi travail du 8 août 2016" (conocida como la Ley "EL KHOMRI"(4)) busca reconocer un nuevo derecho en favor de los trabajadores, imponiendo una obligación a los empleadores: ***"Negociar e instaurar un derecho a la desconexión a través de la negociación colectiva, a fin de reforzar y controlar una adecuada distribución de la carga laboral hacia los trabajadores.***

Así los hechos, esta novedad jurídica ha dado la vuelta al mundo toda vez que Francia se ha convertido en el primer país que legisla en la historia, un derecho a la desconexión laboral; para algunos es un referente a imitar, y para otros, un tema sin mayor transcendencia. En estas líneas, pretendemos realizar un breve análisis del caso francés y veremos cuáles son las implicancias, los retos y las zonas grises que podría aportar este nuevo dispositivo en vigencia desde el 01.01.2017.

II. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL: ¿LA EMERGENCIA DE UN NUEVO DERECHO EN FAVOR DE LOS TRABAJADORES O UN DERECHO YA PREEXISTENTE?

Para comprender el contenido del derecho a la desconexión laboral, les propongo el siguiente caso. Imaginemos a un trabajador que labora 7 horas diarias y cuya jornada laboral termina a las 17h, sin embargo al llegar a casa, este último sigue recibiendo llamadas del trabajo, respondiendo email profesionales, whatssaps u otro tipo de mensajes de similar contenido; la misma figura puede repetirse

(3) Ver en www. http://travail-emploi.gouv.fr/grands-dossiers/LoiTravail/quelles-sont-les-principales-mesures-de-la-loi-travail/article/droit-a-la-deconnexion

(4) En alusión al nombre de la Ministra de Trabajo francesa, Myriam EL KHOMRI. Durante su gestión se promulgó dicha ley.

interiores imprenta.indb 122 06/06/2017 06:37:44 a.m.

durante el descanso semanal obligatorio, feriados e incluso vacaciones, todo ello en detrimento de la vida familiar y personal del trabajador. Es ese sentido, desde el 01.01.2017 y en aplicación de "la Loi du travail du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels" (Ley relativa al trabajo, modernización del diálogo social y protección de la evolución de la carrera profesional), los empleadores se encuentran obligados a implementar todas las medidas pertinentes para que el "derecho a la desconexión" se puede efectivizar en el seno de la empresa.

En efecto, el objetivo de la norma se orienta a regular y a reconocer en favor de los trabajadores "un derecho a la desconexión laboral" una vez finalizado la jornada de trabajo, vale decir, que ningún trabajador se encuentra obligado a responder email, WhatsApp, mensajes de textos, llamadas telefónicas (de contenido profesional); entre otros, o simplemente seguir conectado a redes profesionales propias de su centro de trabajo fuera de la jornada laboral, ni mucho menos ser sancionado por ello.

En suma, los empleadores se encuentran obligados a respetar y garantizar un efectivo derecho al tiempo libre y al reposo en favor de sus trabajadores, pero al mismo tiempo, al equilibrio que debe existir entre la vida profesional y personal, que hoy en día, a consecuencia de la tecnología, es muy difícil lograr que los aspectos ligados al trabajo no interfieran o invadan la frontera de la vida privada del trabajador, justamente por el abuso o uso inadecuado de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC).

Bajo este contexto, hablar del derecho a la desconexión, es igualmente traer a colación otros derechos íntimamente conexos, como es el derecho al reposo y al descanso cotidiano que gozan los trabajadores. Así, el Código de Trabajo francés señala que la jornada laboral legal corresponde a 35 horas semanales (art. L 3121-10) y que "todo trabajador tiene derecho a un reposo cotidiano de 11 horas consecutivas" (art.L3131-1); por tanto, el empleador está obligado a respetar y dar cumplimiento de estos dispositivos dentro de su organización a fin de evitar sanciones y multas de carácter pecuniario.

Aunado a ello, y con mayor trascendencia sobre el derecho a la desconexión, se encuentra la "obligación de resultado" que pesa sobre el empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo, es decir, que este último tiene que tomar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y proteger la salud física y mental de sus trabajadores (art. L4121-1 Código de trabajo francés). Verbigracia, un trabajador que ve su estado de salud degradarse en razón del comportamiento abusivo de su empleador que lo solicita constantemente durante su tiempo de descanso semanal o reposo cotidiano, podría demandar, de darse el caso, la resolución judicial de su contrato de trabajo en virtud del no cumplimento del empleador a su obligación de resultado en materia de seguridad y salud en el trabajo, eventualmente, el pago de horas extras.

interiores imprenta.indb 123 06/06/2017 06:37:44 a.m.

1. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA DESCONEXION LABORAL A LA LUZ DE LEY "EL KHOMRI"

Como ya lo hemos anotado, el derecho a la desconexión laboral es un derecho tendiente a la búsqueda de un verdadero equilibrio entre la vida familiar y profesional del trabajador, a partir del respeto a las jornadas laborales establecidas en la Ley; el derecho al descanso y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo.

En este orden de ideas, la Ley el KHOMRI ha positivizado el derecho a la desconexión laboral a partir del art. L. 2242-8 numeral 7 del Código de Trabajo francés, el mismo que establece: ***"Las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión deben ser definidas dentro de la negociación colectiva obligatoria anual sobre igualdad profesional entre hombres y mujeres y calidad de vida en el trabajo"(5) (sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail).*** Al respecto, es importante recalcar, que si bien es cierto, este derecho le corresponde a todos los trabajadores, sin embargo la referida negociación colectiva solo es obligatoria para las empresas con más de 50 empleados y que cuenten al menos con un delegado sindical, obligación que no se agota con la puesta en marcha de este dispositivo sino que el empleador debe realizar un monitoreo constante de la efectividad del mismo.

Por otro lado, la Ley ha igualmente previsto que para aquellas empresas en donde no se logre un acuerdo sobre la materia, o a defecto, aquellas con menos de 50 trabajadores, el empleador está obligado, de igual forma, a tomar todas las medidas necesarias para respetar este derecho en favor de los trabajadores. En efecto, la Ley establece que para estos casos, el empleador dará por cumplida su obligación, poniendo a disposición de los trabajadores un reglamento que contenga todas las acciones orientadas a la formación y sensibilización sobre el derecho a la desconexión laboral, el uso razonable de los TIC y todas los mecanismos que se implanten dentro de la organización a fin de dar cumplimiento a esta norma, dicho documento estará sometido a la opinión del Comité de empresa(6); y en organizaciones de menos de 20 trabajadores, se contará con el visto bueno del delegado de los trabajadores. Un punto a remarcar, es que la opinión de los representantes de los trabajadores no tiene carácter vinculante en la decisión final que adopte el empleador.

No obstante a lo indicado, el punto medular del contenido de este derecho a la desconexión radica en que ningún trabajador puede ser sancionado, sufrir represalias o ser despedido, por el hecho de rechazar o negarse a responder una llamada telefónica, mensaje de texto o conectarse a cualquier tipo dispositivo digital ligado al trabajo fuera de su jornada laboral.

(5) Ver: art. L. 2242-8 numéral 7 Code du travail français

(6) El Comité de empresa es un órgano representativo dentro de la empresa que agrupa a representante del empleador así como a trabajadores, es obligatoria su existencia en las empresas de más de 50 efectivos. Su rol consiste en participar de la gestión financiera de la empresa e igualmente poner en marcha todos los mecanismos necesarios para promover beneficios sociales y culturales para los trabajadores y su familia.

interiores imprenta.indb 124 06/06/2017 06:37:44 a.m.

2. ¿SE PUEDE HABLAR DE LA EMERGENCIA DE UN "NUEVO DERECHO"?

Si bien es cierto, referirnos a la emergencia de un derecho a la desconexión laboral tal y como lo conocemos desde el 01.01.2017 parecería toda una novedad jurídica, no obstante a ello, este derecho ya venía siendo una preocupación en las empresas del sector privado desde la década de los 90 y 2000, empero recién sería en el año 2011 bajo la forma de una autorregulación entre los actores sociales (empleador y trabajadores) a nivel de negociaciones colectivas (de empresa y de gremio) que veríamos materializar discretamente la aparición de este nuevo derecho.

No obstante a ello, estas nuevas regulaciones empresariales serían el corolario de diversas sentencias judiciales amparadas por los tribunales franceses, que si bien no abordaban precisamente el derecho a la desconexión, sin embargo, sus pronunciamientos se basaban en amparar derechos vulnerados al ordenamiento laboral nacional y comunitario por parte de los empleadores. Verbigracia: Derechos fundamentales como la protección de la salud de los trabajadores, derecho al reposo y al respeto a la vida privada de estos últimos.

Bajo este panorama, en el año 2001, la Corte de Casación francesa emitiría uno de los pronunciamientos más remarcables en materia de respeto a la vida privada de los trabajadores ***"El trabajador no está obligado a laborar en su domicilio, ni mucho menos a convertirlo en su centro de labores, ni aportar la carga laboral cotidiana a su hogar: Documentos, files, (…) imponer esta obligación constituye un atentado a su vida privada a tenor de los artículos*** **L120-2 del Código de Trabajo y 9 del Código Civil** ***(Cass.Soc 02.10.2001,*** N° de pourvoi *99-42727****)".***

Años más tarde, en el 2004, la Corte de Casación volvería a causar revuelo con una nueva sentencia, determinando que ***"el despido de un trabajador por no haber respondido los mails y llamadas telefónicas de su empleador, recibidas en su teléfono de funci*****ón** ***y fuera de su horario de trabajo, no justifica un despido por falta grave. (Cass.Soc. 17.02.2004, N° de pourvoi 01-45889)."***

De igual manera, y guardando el mismo hilo conductor de las sentencias predecesoras, en el 2011, la Corte de Casación se pronunciaría sobre la problemática de los trabajadores forfait jours(7), estableciendo en particular que la protección al derecho a la salud y al descanso obligatorio de los trabajadores **son derechos que tienen un rango y exigencia constitucional** (Cass.soc. 29.06.2011, N° 09-71107).

(7) Un trabajador "forfait jours" conviene con su empleador una **remuneración global por el conjunto de horas de trabajo a efectuar que pueden ser sobre una base semanal, mensual o anual pero también puede haber forfaits en relación a los días que se trabajan al año** (este es el caso más sensible). La particularidad de este régimen jurídico, es que se labora sin hacer distinciones a las horas normales ni horas extras, por ello que existe una problemática que no solo se circunscribe a la duración razonable de la jornada laboral sino que también es atentatoria al derecho a una remuneración justa y al pago de las horas extras.

interiores imprenta.indb 125 06/06/2017 06:37:44 a.m.

Como se puede apreciar, estos pronunciamientos jurisprudenciales han sido el detonante perfecto que ha forzado a los actores sociales a través del dialogo social (negociaciones colectivas) a la autorregulación en materia del derecho a la desconexión laboral. En efecto, la primera negociación colectiva en Francia, a nivel de empresa, que abordó y reconoció un deber y un derecho a la desconexión laboral, se suscribió entre el Grupo AREVA y los representantes sindicales de los trabajadores, a través de un "negociación colectiva sobre calidad de vida en el trabajo" "Accord Collectif sur le développement de la qualité de vie au travail au sein du groupe AREVA en France (Ver. Art.20)" del 31.05.2012. A raíz de este hecho, muchas empresas francesas comenzarían a replicar el modelo con una aceptación bastante positiva de parte de los trabajadores. Verbigracia: Grupo Orange, REUNICA, entre otros.

Posteriormente, en el 2014, se lograría el primer "convenio colectivo nacional de rama de actividad SYNTEC"(8) en favor de los trabajadores bajo la modalidad de "forfait jours" .Es a partir de este acuerdo que se instauraría a nivel de rama de actividad, no solo un derecho a la desconexión sino también una obligación de desconectarse de los dispositivos de comunicación con la finalidad de garantizar el efectivo respeto a las jornadas de reposo.

Siguiendo el contexto jurídico descrito, también podemos anotar que dicha protección no ha sido ajena en otros países europeos, tal como Alemania. En el 2011, el gigante alemán, VOLKSWAGEN, adoptó como política empresarial la desactivación automática de las aplicaciones de mensajería de los teléfonos profesionales de sus ejecutivos, durante las 18h15 y 7am del día siguiente, la misma suerte adoptaría Mercedes Benz, solo por citar algunos ejemplos.

Frente a lo expuesto, consideramos que si bien el derecho a la desconexión ha tenido antecedentes bastantes oportunos y vanguardistas durante los últimos años, no obstante, somos partidarios de considerarlo como un nuevo derecho que necesitaba UNA AFIRMACIÓN, una partida de nacimiento con nombre propio y con una regulación específica insertada en el código de trabajo francés, más aun cuando las estadísticas demuestran que existiendo una autorregulación normativa manejada por los actores sociales del sector privado, la problemática y los atentado al derecho al reposo, a la vida íntima del trabajador eran persistentes. En efecto, según las estadísticas del Ministerio de Trabajo francés, más de 2/3 de trabajadores solicitaban una reglamentación particular a la problemática de los TIC y su relación con el mundo laboral. Que tal vez, la regulación de este nuevo derecho no sea la panacea perfecta a esta nebulosa propia de la realidad francesa, empero creemos que es un buen punto de partida para la reivindicación de otros derechos laborales conexos y para la toma de conciencia de la importancia y la regulación de los

(8) "La branche SYNTEC (bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils)" reagrupa a los especialistas en consultoría técnicas, consultoras en el rubro de la ingeniería, y consultoras en general.

interiores imprenta.indb 126 06/06/2017 06:37:44 a.m.

TIC en la vida profesional del trabajador la misma que no debería sobrepasar los límites de la vida personal en nombre de la tecnología y del derecho a un trabajo.

III. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL EN SU PROPIO LABERINTO: LUCES Y SOMBRAS

Aun cuando el derecho a la desconexión ha sido concebido como un mecanismo protector de derechos fundamentales de contenido laboral, consideramos que la regulación propuesta por el legislador francés presenta zonas grises que amerita compartirlas.

En efecto, uno de los puntos débiles que cuestionamos a esta Ley, es que solo comporta el ámbito de los trabajadores del sector privado, dejando de lado o simplemente posponiendo el derecho de los trabajadores públicos.

Como es sabido, el derecho a la desconexión laboral, si bien se enarbola como un derecho emergente, es de aplicación restricta; y aun cuando los funcionarios públicos tienen una normativa particular, consideramos que la reglamentación de este derecho también debería abarcar a este colectivo, en razón que la problemática laboral y el sentir de estos servidores, es la misma que la de un trabajador del sector privado, la exclusión de estos ciudadanos generaría un cierto tipo de discriminaciones entre ellos.

Otro elemento discutible, es determinar hasta qué punto la norma pueda ser aplicada en los centros laborales sin que sea un mero saludo a la bandera, teniendo en cuenta que la responsabilidad de la organización y puesta en marcha de este dispositivo legal reposa EXCLUSIVAMENTE sobre EL EMPLEADOR, aunado a ello, la norma no presenta ningún mecanismo de control frente al incumplimiento.

Nosotros consideramos, que la eficacia y el empoderamiento del derecho a la desconexión radica en involucrar activamente a los trabajadores no solo como demandantes de un derecho sino como co-responsables de dar cumplimiento y materialización del mismo.

A mayor abundamiento, es importante referirnos al Informe de Bruno Mettling[9], el cual ha servido de antecedente a la dación de la Ley Khomri, en él se establece que no se puede hablar propiamente de un derecho a la desconexión si es que no existe una sensibilización y toma de conciencia directa de parte de los trabajadores, quienes son los primeros involucrados y concernidos en el tema. Así, el informe concluye que el ***"desconectarse es una competencia que se construye igualmente a nivel individual y que corresponde a cada trabajador, empero se necesita el soporte de la empresa"[10].*** Pero eso no es todo, el informe Mettling ha sido muy ambicioso e incluso en su momento logró determinar que el derecho a

(9) **METTLING, Bruno** : Rapport "Transformation numérique et vie au travail" pp.69
(10) **METTLING, Bruno** : Op.cit., p.39

interiores imprenta.indb 127 06/06/2017 06:37:44 a.m.

la desconexión tiene que ir de la mano de un deber de desconexión que involucre igualmente a trabajadores y empleadores, contenido al que nos adherimos, aun cuando la norma solo haya contemplado el derecho a la desconexión.

En definitiva, dado que este dispositivo legal se focaliza principalmente en promover e instituir un nuevo derecho a la desconexión a través de la sensibilización de los actores sociales y la puesta en marcha de la negociación colectiva, necesariamente tiene que tener mecanismos de acompañamiento y de perfeccionamiento en el tiempo a fin que no sea una norma muerta en vida. A pesar de ello, la iniciativa es interesante, sin embargo consideramos que la norma debería ser modificada, en el sentido que no debe agotarse en esta 1era fase, llámese de sensibilización, sino que debe orientarse hacia la efectividad de la norma, propiamente una obligación real tanto para los empleadores como trabajadores, materializada en un compromiso formal de ambas partes a través de la negociación colectiva, de darse el caso, con medidas sancionadoras frente a un incumplimiento y con el seguimiento vigilante de la inspección de trabajo como garante de este derecho.

IV. CONCLUSIONES

- El derecho a la desconexión se orienta a que ningún trabajador pueda ser sancionado, sufrir represalias o ser despedido, por el hecho de rechazar o negarse a responder una llamada telefónica, mensaje de texto o conectarse a cualquier tipo dispositivo digital ligado al trabajo fuera de su jornada laboral.
- Es innegable que el uso de dispositivos digitales puesto a disposición de los trabajadores favorece indirectamente a confrontaciones y fricciones en materia de jornadas de trabajo y tiempo de reposo.
- El derecho a la desconexión lejos de ser percibido como un sobre costo laboral, debe ser entendido como un mecanismo que permita a las empresas replantearse y mejorar sus sistemas de organización de trabajo en favor de sus colaboradores.
- El derecho a la desconexión laboral planteado desde la óptica de la legislación francesa se orienta a ser un derecho de orden moral, innovador pero un tanto "soft" en virtud que no presenta mayores exigencias sancionadoras frente a los incumplimientos.
- La eficacia y el empoderamiento del derecho a la desconexión radica en involucrar activamente a los trabajadores no solo como demandantes de un derecho sino como co-responsables de dar cumplimiento y materialización del mismo.

V. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- PELISSIER, Jean et autres: "Droit du travail", 26° edición, Editorial Dalloz, Francia, 2012, pp.1481.

interiores imprenta.indb 128 06/06/2017 06:37:44 a.m.

- RAY, Jean-Emmanuel: “Droit du travail. Droit vivant”, 25° edición, Editorial Liaisons, Francia, 2017.PP 694.
- SUPIOT, Alain: “Le droit du travail” 5° edición, Editado par PUF, Francia, 2011, pp.127.

• **INFORME**

- METTLING, Bruno: Rapport “Transformation numérique et vie au travail” Septembre 2015, pp.69.
- THIEBART, Patrick: ¿Le droit à la déconnexion, comment faire? en www.ajef.net , 18.12. 2016, pp.20.

• **ARTÍCULOS JURÍDICOS**

- BACH, Olivier: “Le droit à la déconnexion”. En: http://www.efl.fr/droit/social, 24.02.2017.
- LEROUGE, Loïc: “Le droit à la déconnexion “à la française”. En: www.cielolaboral.com, enero 2017, pag.1-3.
- MENEZES, Sandrine: “Travail et nouvelles technologies Existe-t-il un droit à la déconnexion ?” En: Le courrier de l’atlas, N° 91, avril 2015, Pag. 54-55.
- RAY, Jean Emmanuel: “La négociation sur le droit à la déconnexion doit porter sur les effets de la digitalisation sur l’entreprise” En http://www.actualitesdudroit.fr, 05.12.2016.

• **CÓDIGOS**

- Code du Travail Français

• **JURISPRUDENCIA**

- Cass. soc 02.10.2001, N° de pourvoi 99-42727.
- Cass. soc. 29.06.2011, N° 09-71107.
- Cass. soc 24.04. 2013, N° 11-28398.

interiores imprenta.indb 129 06/06/2017 06:37:44 a.m.

EL RÉGIMEN DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y LOS DE COOPERATIVAS DE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS

Adriana Micale[1]
(Argentina)

En la República Argentina, a través de la Ley 14.397 en el año 1955 se creó el Régimen para Trabajadores Autónomos, a través del establecimiento de las llamadas Cajas para los trabajadores independientes, empresarios y profesionales.

A partir del 01-01-1969 con la Ley 18.038 se unificó el tratamiento de las tres actividades en un solo marco normativo, para Trabajadores Autónomos en general.

La recaudación por su parte según lo establecido en la Ley 18.820, estaba a cargo de la Dirección Nacional de Recaudación Previsional.

(1) Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

interiores imprenta.indb 130 06/06/2017 06:37:44 a.m.

En el año 1991, se creó el Sistema Único de Seguridad Social y la Administración Nacional de la Seguridad Social.

En 1993, se le asignó a la Secretaría de Ingresos Públicos la recaudación, fiscalización y ejecución de los Recursos de la Seguridad Social, apareciendo en el escenario la Dirección General Impositiva (DGI) luego Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.)

Con la Ley 24241 se instituye con alcance nacional el SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES (SIJP), Sub –Sistema de la Seguridad Social que cubre las contingencias de vejez, invalidez y desamparo por muerte, abarcando en su regulación a los trabajadores en relación de dependencia– personas físicas mayores de dieciocho (18) años de edad que se desempeñen en alguna de las actividades en relación de dependencia que la propia ley enumera, aunque el contrato de trabajo o la relación de empleo público fueren a plazo fijo - y a los llamados Trabajadores Autónomos.

Se encuentran comprendidas en el grupo de trabajadores autónomos, todas aquellas personas que por sí, solas conjunta o alternativamente con otras personas, asociadas o no, ejerzan habitualmente alguna de las actividades que se mencionan en la ley como tales, y siempre y cuando dicha tarea, no configure una relación de dependencia.

Es fundamental para la caracterización de la actividad como autónoma, que no se preste solo en forma ocasional –*debe ser habitual* –y que se desempeñe dentro del territorio argentino dado que –*rige el principio de la territorialidad–.*

Asimismo veremos que los trabajadores autónomos pueden realizar una **Incorporación Voluntaria.**

Dicha incorporación al SIJP será voluntaria para las personas mayores de dieciocho (18) y menores de 55 años que la propia ley determina.

La caracterización de la actividad y su categorización a los efectos del pago se encuentra determinada por los niveles de rentas de referencia calculados sobre la base de categorías, fijadas por las normas reglamentarias, que a continuación enunciaremos.

I. AFILIACIONES VOLUNTARIAS

Personas comprendidas: Miembros de Consejos de Administración de Cooperativas que no perciban retribución alguna por esa funciones, socios no Gerentes de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Síndicos de cualquier sociedad , Fiduciarios y los socios minoritarios de cualquier sociedad, que realicen en la misma sociedad actividades especialmente remuneradas que configuren una relación de dependencia; titulares de condominios y de sucesiones indivisas que no ejerzan la dirección , administración o conducción de la explotación común, miembros del

interiores imprenta.indb 131 06/06/2017 06:37:44 a.m.

clero y de comunidades religiosas pertenecientes al culto católico o a otros cultos; personas que ejerzan las actividades de la Tabla de Profesionales y que por ellas se encontraren obligatoriamente comprendidas en uno o más regímenes Jubilatorios Provinciales para Profesionales , como asimismo aquellos que ejerzan una profesión no académica autorizada con anterioridad a la promulgación de la Ley 24.241.

Toda persona física menor de cincuenta y cinco (55) años, aunque no realizare actividades lucrativas alguna o se encontrare comprendida en otro régimen jubilatorio, sin perjuicio de la afiliación que corresponda a dicho régimen.

Los socios de cualquier tipo menores de cincuenta y cinco (55) años, que no se encuentren incluidos obligatoriamente en los a) o b) del Art. 2° de la Ley.

II. PEQUEÑOS CONTRIBUYENTES: NUEVO RÉGIMEN

La Ley 24.977 modificada por la Ley 25.865, significó la creación del nuevo Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes, conocido por todos como Monotributo.

Vale recordar que el Monotributo reemplaza al impuesto a las ganancias, al impuesto a la ganancia mínima presunta y al IVA, además de reemplazar los aportes de los trabajadores autónomos. Ello no obsta a que determinadas actividades pudieran estar exentas de alguno de tales impuestos y sin perjuicio de ello, ingresar en este régimen. Dadas sus características, se ha presentado como un régimen optativo, de manera que quienes deseen permanecer en el llamado régimen general y por lo tanto sean responsables de los impuestos señalados y del aporte a autónomos, podrán hacerlo.

Alcanza a personas físicas o sucesiones indivisas continuadoras de la actividad, pero se permite también a las sociedades de hecho (o comerciales irregulares) de no más de tres socios. También los condominios pueden ingresar con la misma limitación de los tres componentes, pudiendo finalmente incorporarse las cooperativas de trabajo. Los monotributistas no pueden realizar más de tres actividades que le generen ingresos incorporables al régimen simplificado, ni poseer más de tres unidades económicas Se ha previsto una re categorización de los contribuyentes inscriptos, un re empadronamiento para los pequeños monotributistas y originalmente se incorporó la figura del trabajador eventual, dirigida a personas físicas que realicen una actividad independiente y ocasional.

Asimismo se ha eliminado la categoría de "responsable no inscripto" ante el IVA, debiendo los contribuyentes que se encuentran en esa posición, adherirse al nuevo régimen, de modo tal que si no lo hicieren en el plazo establecido –23 de julio de 2004– serán incluidos como "responsables inscriptos".

El re-empadronamiento ha implicado una suerte de "reconfirmación" en el sistema, para los pequeños contribuyentes, caso contrario, la de baja del padrón de pequeños contribuyentes pasando a formar parte del régimen general.

interiores imprenta.indb 132 06/06/2017 06:37:44 a.m.

De igual modo los profesionales, que no manifestaron su adhesión al régimen, pasaron a ser responsables frente al impuesto al Valor Agregado.

También los pequeños contribuyentes que sean empleadores deberán ingresar al régimen los aportes y contribuciones de la totalidad de sus empleados.

Desde la vigencia de la nueva reglamentación, también es posible solicitar la baja retroactiva de la inscripción al Monotributo, para lo cual hubo un plazo perentorio hasta el 31 de julio de 2004. Una gran cantidad de obligados que no podían regularizar su baja, acumulando sucesivos meses de deuda, pudieron hacerlo.

La re-categorización prevista impone que cada cuatro meses el contribuyente deberá calcular sus ingresos y la energía eléctrica consumida en los 12 meses anteriores. Si esos parámetros superaran los límites de la categoría, se pasará a la del nuevo segmento.

Los montos de las cuotas, se establecen según el monto bruto de facturación, los metros cuadrados utilizados y el consumo eléctrico. A fin de que los nuevos adherentes determinen su rango debieron controlar su facturación desde mayo 2003 a abril de 2004.

Las categorías se han divido según sean los contribuyentes prestadores de servicios, u “otras” tareas, no encuadradas en Servicios.

Los Productores de Seguros, como prestadores de Servicios de Intermediación, se incluyen entre los Prestadores de Servicios y los montos a abonar por categoría está en relación a los ingresos brutos mensuales, la superficie afectada para el desarrollo de la tarea y la energía eléctrica utilizada, como asimismo en el caso, el valor unitario del producto comercializado.

III. SITUACIÓN PREVISIONAL DE LOS PEQUEÑOS CONTRIBUYENTES

El pequeño contribuyente inscripto en el Régimen Simplificado queda encuadrado desde su inscripción en el Régimen Previsional los importes a abonar serán los siguientes:

- Aporte, con destino al Régimen Previsional Público del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.
- Aporte con destino al Sistema Nacional del Seguro de Salud de los cuales un 10 por ciento se destinará al Fondo Solidario de Redistribución.
- Aporte a elección del contribuyente, al Régimen Nacional de Obras Sociales, por la incorporación de cada integrante de su grupo familiar primario. Un 10 por ciento de dicho aporte adicional se destinará al Fondo Solidario de Redistribución establecido por el artículo 22 de la ley 23.661 y sus modificaciones.

Los profesionales que pertenecían al grupo de Responsables no Inscriptos, quedan exentos del pago si están obligados al pago de aportes previsionales en

interiores imprenta.indb 133 06/06/2017 06:37:44 a.m.

una Caja profesional provincial o prestan servicios en relación de dependencia por los que se integren aportes y contribuciones al sistema.

IV. MONOTRIBUTISTA EVENTUAL

En la legislación original se consideró trabajador monotributista eventual, a la persona física que realice exclusivamente una actividad independiente con carácter eventual u ocasional, por lo que dicha calidad resulta incompatible con el desarrollo de cualquier otra actividad independiente o en relación de dependencia.

La eventualidad u ocasionalidad previstas se entenderán referidas al ejercicio de la actividad y no a la obtención de los ingresos.

Cuando en el año calendario anterior, el contribuyente adherido hubiese obtenido ingresos brutos a los establecidos para el caso o renunciado al régimen, quedará alcanzado por las disposiciones del régimen general de impuestos y aportes a la seguridad social.

Cuando el trabajador encuadrado como eventual, fuera alguien dedicado a la elaboración de artesanías, sólo podría considerarse como "eventual" si la comercialización de su producción se realizaba en lugares públicos habilitados.

Cabe mencionar que en el caso de las sucesiones indivisas, aun en carácter de continuadoras de un sujeto adherido, nunca pudieron revestir la condición de Pequeño Contribuyente Eventual. Sin embargo, ante una modificación que se produjo a fines de 2009, los pequeños contribuyentes deben respetar un nuevo parámetro, que les determinará el peso de la carga fiscal mensual a ingresar. Puntualmente, se incorpora como elemento a tener en cuenta **el monto de los alquileres devengados a lo largo del año**.

A efectos de evitar la desactualización de los topes y de los valores a cancelar en cada mes, el nuevo ordenamiento prevé que la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) podrá modificar, una vez al año, los montos máximos de facturación, de alquileres devengados y los importes del impuesto a ingresar, correspondientes a cada categoría, en una proporción que no podrá superar el índice de incremento del salario mínimo vital y móvil o el índice de movilidad de las prestaciones previsionales, el que sea superior.

De manera adicional, la nueva norma establece este requisito extra para las categorías más elevadas. Con la mira puesta en promover el empleo registrado, las empresas y particulares cuyos ingresos brutos anuales **estén entre $200.000 y $300.000 podrán permanecer en el régimen**, siempre y cuando, cumplan con una cantidad mínima de personal en relación de dependencia:

- Hasta $235.000: 1 empleado.
- Hasta $270.000: 2 empleados.
- Hasta $300.000: 3 empleados.

interiores imprenta.indb 134 06/06/2017 06:37:44 a.m.

Otra novedad refiere al nuevo **régimen de exclusión automática** para monotributistas. La herramienta permite que la AFIP –cuando constate la infracción– inscriba de oficio a los sujetos en el régimen general impositivo y previsional. Por otra parte, el nuevo ordenamiento mantiene la condición que establece que no podrán ser monotributistas los contribuyentes que realicen más de tres actividades, o que tengan más de tres unidades de explotación. Asimismo, el renovado esquema eleva a $2.500 el precio máximo unitario de venta de bienes muebles permitido. Una duda que preocupa a los pequeños contribuyentes refiere a qué sucede con los responsables que abandonaron el régimen simplificado y que, de acuerdo a los nuevos valores, puedan regresar al Monotributo. **La** solución que prevé el nuevo marco legal permite el reingreso de los responsables, en tanto reúnan los nuevos requisitos y condiciones previstas por la reforma, pudiendo ejercerse dicha opción hasta la finalización del primer cuatrimestre calendario completo posterior a la fecha de publicación de la ley.

Por último, la iniciativa aprobada contempla la creación de un nuevo régimen de inclusión social y promoción del trabajo independiente.

Para acceder al régimen de inclusión, el responsable deberá cumplir con las siguientes condiciones:

- Ser persona física mayor de 18 años.
- Desarrollar exclusivamente una actividad independiente y no poseer local o establecimiento estable.
- Que la actividad sea la única fuente de ingresos.
- No revestir el carácter de empleador.
- No ser contribuyente del Impuesto sobre los Bienes Personales.
- No superar los $24.000 en concepto de ingresos brutos anuales.

De esta manera, el fisco nacional deja sin efecto al llamado Monotributo eventual.

Trabajadores Autónomos: Nuevas Categorías. Empadronamiento.

Cambios en la Inscripción. Re-categorización Anual.

El nuevo esquema es más simple que el anterior. Prevé cinco categorías, cuando antes existían 15.

Se establecieron los procedimientos y aclaraciones respecto a las categorías, a su vez, los trabajadores autónomos que realicen actividades penosas o riesgosas por las cuales le corresponda un régimen previsional diferencial deberán ingresar mensualmente un importe adicional del 3 %.

Hay que tener en cuenta, que es posible optar por encuadrarse en una categoría superior a la que corresponda, excepto cuando se trate de beneficiarios de prestaciones previsionales otorgadas en el marco de la Ley 24.241 que ingresen, reingresen o continúen en la actividad autónoma, o si el responsable posee entre 18 y 21 años, inclusive. Estos últimos deberán encuadrarse en la

interiores imprenta.indb 135 06/06/2017 06:37:44 a.m.

categoría mínima de revista, independientemente de la actividad que realicen y de los ingresos brutos que obtengan.

De realizarse más de una actividad autónoma, para la categorización, se deberá considerar la actividad por la que se obtengan los mayores ingresos a fin de determinar el Grupo de Actividad, y para los límites de Ingresos Brutos, se deberán considerar los obtenidos por la totalidad de las actividades autónomas desarrolladas.

Existe asimismo, la posibilidad de afiliarse voluntariamente en el Régimen Nacional de la Seguridad Social para trabajadores autónomos. Podríamos de algún modo encuadrar aquí la posibilidad de acceso a los planes de inclusión aún vigentes.

Para el caso de haberse iniciado actividades a partir del mes de enero de 2007, deberá encuadrarse en la categoría I, salvo que se realicen actividades de dirección, administración o conducción de sociedades comerciales o civiles, regulares o irregulares (es decir, socio de sociedades de cualquier tipo); en cuyo caso corresponderá la categoría III.

Los sujetos que están exceptuados de re categorizarse

Los beneficiarios de prestaciones previsionales otorgadas en el marco de la Ley N° 24.241 y sus modificaciones, que ingresen, reingresen o continúen en la actividad autónoma.

Los afiliados voluntariamente en el Régimen Nacional de la Seguridad Social para trabajadores autónomos.

Los jugadores de fútbol, miembros de los cuerpos médicos, técnicos y auxiliares que atiendan a los planteles que practiquen fútbol profesional, que intervienen en los torneos organizados por la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) en las divisiones Primera "A", Nacional "B" y Primera "B", comprendidos en el sistema especial instaurado por el Decreto 1212/03 y reglamentación.

Las amas de casa que optaron por el aporte reducido previsto en la Ley N° 24.828.

La falta de re-categorización anual implicaba la ratificación de la categoría declarada con anterioridad.

Las obligaciones de pago resultantes de la re categorización anual, tendrán efectos para los períodos mensuales devengados a partir de junio del año de la re-categorización hasta mayo del año calendario siguiente inclusive.

El Régimen para Pequeños Contribuyentes y las más recientes modificaciones en el Derecho Argentino

Desde la creación del régimen de Pequeños Contribuyentes en el año 1998, fueron varias las modificaciones que avanzaron sobre la estructura de este

interiores imprenta.indb 136 06/06/2017 06:37:44 a.m.

MONO (Único) **Tributo** (Impuesto) que tiene por fin regularizar la actividad de los trabajadores por cuenta propia generando cada vez más regulaciones que si bien simplifican, tienden a incluir en el mercado formal de trabajo a quiene4s las desarrollan.

Así, con la **publicación en el Boletín Oficial de la Resolución General 3990**, la Administración Federal de Ingresos Públicos, avanzó en la simplificación de los trámites para pequeños contribuyentes que realizan actividades que no justifican su inscripción como responsable en el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y Ganancias. Desde la la **sanción y promulgación de la Ley 27.346** de nuevo Régimen de Monotributo, que reincorporó desde 2017 la Categoría A -había sido eliminada comenzando la base en la categoría B - hasta una facturación por año móvil de $84.000, y la creación de la Categoría K, para los vendedores de cosas muebles, por hasta $1.050.000, la Administración Federal de Ingresos Públicos fue desarrollando aplicativos para operar por medios electrónicos, destinados a "responder a la filosofía de esta opción, que es simplificarle la regularización impositiva a las personas , aunque por supuesto nunca deberás prescindir del asesoramiento de los profesionales contadores que no solo deben intervenir en los casos más complejos. La recaudación y previa declaración jurada como trabajadores autónomos, responsables inscriptos en IVA, Impuesto a las Ganancias y Bienes Personales requiere siempre del adecuado asesoramiento técnico de quienes se forman para ello.

En esa línea, la Resolución General 3990 de la AFIP reglamentó algunos cambios de fondo, que rigen desde la vigencia de la norma, y que es necesario remarcar.

1. Recategorización de Oficio I: Inicialmente se pensó para la reconversión de las escalas que quien estaba incluido hasta diciembre de 2016 en una categoría inferior a partir de enero de 2017; aunque quien considerara que debía pasar a dos o tres rangos menos debía hacerlo hasta el 31 de enero. Ahora podrá hacerlo en cualquier mes, pero sin efecto retroactivo al 1 de enero.

2. Recategorización de Oficio II: la AFIP hará reconversiones automáticas a una categoría superior a la registrada, basado en acreditaciones de ingresos en cuentas bancarias y de gastos personales por medio de movimientos de esas cuentas, como de consumo con el uso de tarjetas de crédito y compra, y de pago de servicios en entidades no bancarias autorizadas. La modificación ocurrirá cuando se presuman ingresos un 20% superiores a la categoría para el caso de los prestadores de servicios; y de 30% para los que se dedican a la venta de bienes muebles.

   El contribuyente podrá justificar esos movimientos sin haber variado la facturación máxima que admita su encuadramiento, a través del sitio de internet de la AFIP, en los primeros 30 días de notificado a través del domicilio electrónico; o hasta 15 días de haber sido intimado. De no ser aceptado el descargo, la medida podría tener efecto retroactivo a la fecha en que el organismo recaudador detecte que se produjo el desvío, y por tanto deberá pagar la diferencia

interiores imprenta.indb 137 06/06/2017 06:37:44 a.m.

desde entonces entre los pagos por mes y el que corresponde a la nueva categoría de Monotributo.

Las recategorizaciones de oficio basadas en acreditaciones bancarias de ingresos y de consumos registrados podrán tener efecto retroactivo al momento de la presunción del desvío de facturación.

3. Pago electrónico obligatorio. Hoy rige para los categorizados entre la E y la K, inclusive, desde una facturación superior a $336.000 en los últimos doce meses. Se hará de modo progresivo en las escalas inferiores: La D, más de $168.000 de facturación por año móvil, en septiembre próximo; las restantes A, B y C, hasta $168.000 por período de 12 meses previos, en noviembre de este año.

   Las modalidades de pago vigentes son la transferencia electrónica de fondos; cajeros automáticos de entidades bancarias; débito automático en banco o tarjeta de crédito; tarjeta de crédito y todo pago electrónico que se defina en el futuro, "admitido o regulado por el Banco Central de la República Argentina e implementado por la AFIP", como la habilitación de cajeros en establecimientos comerciales y terminales de autoservicio. Incluso, el monotributista puede abrir una caja de ahorro fiscal gratuita, la cual fue habilitada hace unos 10 años, principalmente por parte del Banco Nación Argentina.

   La AFIP proyecta habilitar canales de pago a través de terminales en comercios, que se sumarán a los canales vigentes, incluida la apertura de una caja de ahorro fiscal gratuita que rige desde hace 10 años, pero tiene poca difusión.

4. Factura Electrónica: Hoy rige como obligatorio a partir de la categoría H, desde $504.000 de facturación anual móvil, pero se extenderá la exigencia desde mayo próximo a partir de la categoría D, desde $168.000 por año móvil para las ventas de bienes y servicios a responsables inscriptos en IVA. Se podrá generar a través del sitio de internet de la AFIP, comprobante en línea; se accede con clave fiscal, y también se podrá hacerlo con el celular, previa descarga del aplicativo que diseñó el organismo, inicialmente para sistema Android y desde el 15 de marzo para el IOS. En ambos casos se podrá generar el documento con extensión PDF y luego enviárselo al comprador de un bien o servicio.

5. Domicilio Fiscal Electrónico: Será obligatorio para los nuevos monotributistas, mientras que para los ya adheridos, se fijó un plazo para su declaración hasta el 30 de septiembre de 2017. Por esta vía, en la que será de suma importancia registrar un correo electrónico y una línea de telefonía móvil, la AFIP comunicará las notificaciones de cambios en los datos del titular, aunque a través del nuevo portal "Mi Monotributo", cada inscripto podrá acceder los martes y viernes de 0 a 24 horas y conocer "todo lo que la AFIP sabe de él", como el cambio de categoría de oficio.

interiores imprenta.indb 138 06/06/2017 06:37:44 a.m.

En el nuevo portal "Mi Monotributo", cada inscripto podrá acceder los martes y viernes de 0 a 24 horas y conocer "todo lo que la AFIP sabe de él", como el cambio de categoría de oficio, aunque con domicilio fiscal electrónico será notificado al instante.

6. Mi Categoría: Habilitará un servicio a través del sitio de internet que mostrará la información que la AFIP tiene del monotributista.

7. Recategorización o confirmación: Se suprimen las fechas cuatrimestrales y se fija un mes obligatorio para todos los casos: «a la finalización correspondiente al cuatrimestre mayo a agosto», en septiembre, a través de una Declaración Jurada proforma. Desde este año, el Monotributista podrá modificar su condición todos los meses, con efecto a partir del mes siguiente. Sólo estarán eximidos de esta exigencia quienes se adhieran en los 4 meses anteriores al vencimiento de la obligación. "A la finalización de los cuatrimestres calendario, la AFIP pondrá a disposición del pequeño contribuyente de la información que posee sobre su situación tributaria, a través del sitio Web institucional y mediante la remisión de alertas al Domicilio Fiscal Electrónico".

8. Se suprime la Declaración Jurada Informativa anual, porque los datos del monotributista serán ajustados de oficio o voluntariamente, y corroborados todos los septiembre, haya registrado o no cambios en los niveles de facturación comprendidos en su categoría.

9. Incumplimiento: La omisión de la nueva reglamentación impedirá al contribuyente y a sus clientes obtener la constancia de opción de Monotributo, aunque deberá seguir pagando el cargo mensual.

10. Excluidos: Podrán reingresar al Monotributo hasta el 31 de mayo los desafectados de oficio en 2016, por haber incumplido con los pagos mensuales; haber sufrido una sentencia judicial; o haber excedido el monto máximo de facturación admitido que era de hasta $400.000 por año para los prestadores de servicios y de hasta $600.000 para los vendedores de bienes muebles; y también los autoexcluidos en el último año por haber excedido cualquiera de los parámetros vigentes.

Podrán reingresar a la condición de Monotributista hasta el 31 de mayo próximo los autoexcluidos y los excluidos de oficio durante 2016

Desde la Administración Federal de Ingresos Públicos se expresó que "tras el aumento de los límites de facturación en todas las categorías del Monotributo en un 75% respecto de los valores que rigieron hasta 2016, desde 2018 los parámetros se actualizarán todos los septiembre, considerando las dos variaciones en el año del índice de movilidad jubilatoria, el que regirá desde el mes de octubre.

Sin dudas, esta adecuación del régimen para pequeños Contribuyentes, apuesta a una regularización absoluta de las personas que trabajan por su

interiores imprenta.indb 139 06/06/2017 06:37:44 a.m.

cuenta, con muchos más controles y certeza sobre los ingresos, lo que avanza sobre la recaudación efectiva.

Fuente: Resolución 3990/17 AFIP.

El trabajador Autónomo y la cobertura de la Seguridad Social en la Legislación Argentina

Si se analizan los sistemas de coberturas utilizados por la Seguridad Social, veremos que el Trabajador cuenta propista posee una incorporación limitada.

De las contingencias cubiertas por la Seguridad Social Vejez, Invalidez, Desamparo por Muerte, Enfermedad, Desempleo, Cargas de Familia, y Accidentes de Trabajo, solo las primeras tres tienen cobertura para el trabajador.

Según el subsistema previsión social, –en la Ley 24.241 a nivel nacional y en las cajas para profesionales de jurisdicciones provinciales.

Las prestaciones que recibirá el Trabajador Independiente serán idénticas a las que recibirá un trabajador dependiente, en cuanto a su descripción (jubilaciones y pensiones) pero el haber tendrá grandes diferencias que se deben a la estructura de cálculo diferenciada.

La contingencia de enfermedad –para el autónomo como trabajador que contribuye– solo está incorporada desde la implementación del Monotributo para quienes opten por ese Sistema. Sí se benefician con la cobertura de salud una vez que se convierten en beneficiarios del sistema jubilatorio, justamente porque como aportantes activos contribuyen al financiamiento del P.A.M.I.(2)

Quedan fuera del pago de las Asignaciones Familiares que compensan los mayores costos ocasionados por las cargas de familia y en especial las mujeres, trabajadoras autónomas no poseen asignación por maternidad, lo que en modo alguno permite compatibilizar la prestación de las tareas habituales con el debido reposo, y cuidado de la salud y de los hijos al nacer.

Sobre el desempleo, en tanto solo está cubierto en Argentina el que se motiva por la pérdida del trabajo por exclusiva causa del despido producido por el empleador, considerando el enfoque que se le ha dado a ese trabajo no correspondería objeción, pues no obedece más que a una consecuencia del implementado para los dependientes.(3)

Capítulo aparte merece el tratamiento de la prevención y reparación de los riesgos del trabajo a los que se encuentra sometido el trabajador autónomo, pues,

(2) Instituto Nacional de Servicios de Salud para Jubilados y Pensionados

(3) Cabría en su caso analizar otros tipos de desempleo a cubrir tanto para los dependientes como para los trabajadores autónomos,

interiores imprenta.indb 140 06/06/2017 06:37:44 a.m.

si bien la legislación prevé su inclusión, el tratamiento y cobertura, nunca se ha puesto en marcha el mecanismo de operatividad de la norma.(4)

V. EL MODELO DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO

Aunque el fenómeno se haya desarrollado en Brasil, Venezuela, Uruguay, Perú, Ecuador, Colombia, Bolivia, México e Paraguay, las investigaciones científicas internacionales parecen privilegiar el contexto Argentino. Es aquí que, en el año 2001, nace la expresión "fábrica recuperada".

La experiencia Argentina y el contexto económico en que nacen las empresas recuperadas

En Argentina, hasta mediados de los años setenta, las políticas industriales tenían un carácter más proteccionista y respondían a un modelo de industrialización con fines de substitución de importaciones o de crecimiento encabezado por las exportaciones.

Durante la dictadura cívico militar del año 1976 empieza el proceso de liberalización de la economía argentina. Esta estrategia de política económica fue planificada como solución a la crisis que a partir de 1978 afectaba al país y debida, entre otras cosas, a una inversión descontrolada, por parte del Estado, finalizada a la creación de un sector industrial competitivo.

No obstante estas medidas, que han impuesto la ausencia de barreras aduaneras, la devaluación monetaria y la liberalización de los mercados de capitales no se han obtenido los resultados deseados;

La condición económica y financiaría de la Argentina no muda en los años que siguen a la dictadura militar. Durante la democracia, comenzada en el 1983, el fracaso de los intentos de estabilización de los precios y de disminución de la deuda de Gobierno, ha producido efectos desastrosos en el sistema productivo, tales que se asiste a un verdadero proceso de desindustrialización.

Entre 1980 y 1990 las actividades manufactureras disminuyen de un 7.1 %. Los sectores mecánico, textil, extractivo, del vestido, del mueble, y de las máquinas industriales, que en el 1977 representaban el 31.6% de la producción industrial nacional, en el 1990 representan el 19.7%.

En el 1989 en el comienzo del neoliberalismo, para solucionar la crisis y garantizar un crecimiento económico sostenible, se pone en marcha un rápido proceso de integración de la economía Argentina al mercado internacional.

(4) La ley de riesgos del trabajo prevé la inclusión de los autónomos, como asimismo de otros colectivos para los cuales amerita un tratamiento especial. Se produjo el dictado de la reglamentación pero nunca se puso en marcha.

interiores imprenta.indb 141 06/06/2017 06:37:44 a.m.

Con la Ley Nº 23.696, conocida como Ley de Reforma del Estado, el gobierno ponía en acto un proceso de profunda restructuración del modelo económico y social.

El nuevo modelo se caracteriza por la ausencia de barreras aduaneras, la liberalización de los mercados financieros, el desmantelamiento del patrimonio del Estado, a través de la privatización de las empresas y de los servicios públicos y la eliminación de la inflación, por medio del sistema monetario del "*currencyboard*" – caja de conversión- Plan de convertibilidad -que ataba la fluctuaciones del peso argentino a las del dólar estableciendo el 1 a 1 como tasa de cambio.

Estos factores permiten una rápida recuperación de la economía del Estado que de esta manera logra atraer una grande cantidad de capital extranjero. Por su rapidez, la recuperación económica fue llamada "milagro latinoamericano", pero durante estos años continúa la contracción del sector productivo.

La apertura unilateral y la *desregulation* de la economía estabilizan el cambio y contienen la inflación, pero exponen el país al riesgo de un *shock* competitivo.

El sistema industrial, caracterizado por una reducida base productiva y por la presencia de muchas pequeñas y medianas empresas no se demuestra capaz de sostener la concurrencia internacional.

En ausencia de una política industrial que incentive el crecimiento tecnológico de las empresas y que permita una ampliación de la base productiva, la apertura del mercado permite la recuperación momentánea de competitividad solamente a través de una drástica reducción de los costos.

En este sentido son relevantes los datos relativos a la provincia de Buenos Aires, el área del país en donde se concentraba – y hoy se concentra – la mayoría de las actividades productivas.

En los años Noventa en el cono urbano bonaerense cierran 5.508 empresas, que solas representaban el 62, 3% de la producción y el 74,4 % del empleo de la provincia (Villani, 2010: 98); desde 1991 a 1995 – los cinco años del "milagro latinoamericano" – en uno de los sectores más productivos de Argentina, el manufacturero, se pierden 200.000 puestos de trabajo (Auyero, 2001: 45).

En 1995 la crisis que atraviesa México produce sus efectos también en la economía argentina. El hecho de que el país haya adoptado el mismo modelo político que Argentina y que después de su recuperación económica se haya producido un nuevo quiebre, da lugar a dudas, por parte de los inversores, sobre la eficacia de las herramientas utilizadas para garantizar la estabilidad financiera de los estados.

La desconfianza entre los inversores provoca una reducción consistente de los flujos de capitales. Argentina ha sido obligada a la búsqueda de otras fuentes de liquidez al fin de garantizar la resistencia del sistema monetario del *currencyboard*. Por este fin, la insuficiencia de la reducción del gasto público y del desmantelamiento del patrimonio estatal obligan al Estado a recurrir al crédito del Fondo Monetario Internacional, y el resultado es un nuevo aumento de la deuda.

interiores imprenta.indb 142 06/06/2017 06:37:44 a.m.

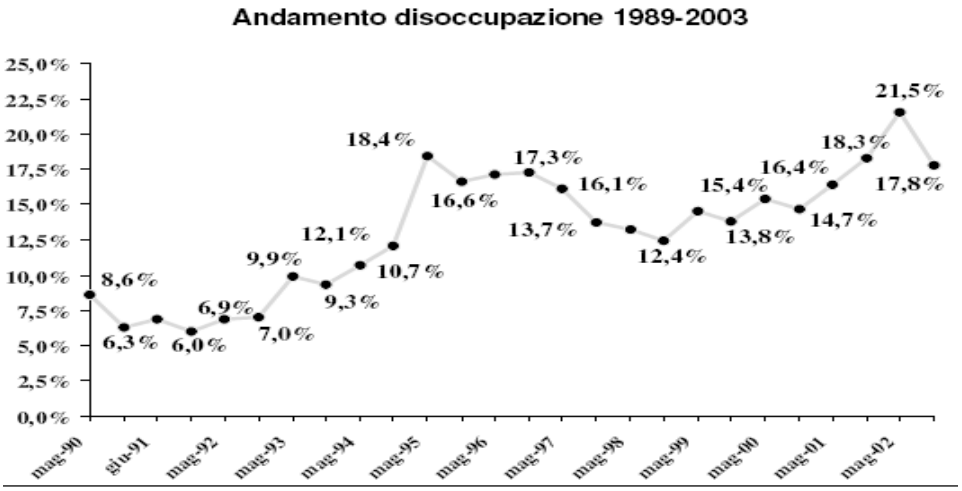
En este contexto, la tasa del desempleo que a principios de los Noventa era del 6,9 %, crece constantemente hasta fines del siglo XX, cuando se estabiliza en torno al 15%.

Al principio de los años 2000, durante el gobierno del presidente Fernando De la Rúa la crisis parece irreversible. El Fondo Monetario Internacional no renueva ninguna línea de crédito porqué "*In thosecircumstances, the IMF wasunable to providemuchhelp*" (IndipendentEvaluation Office, 2004: 5).

La imposibilidad de mantener la paridad del cambio entre dólar y pesoinduce el colapso del valor del peso que pasa a valer desde un dólar a 36 céntimos. Los efectos de la devaluación se producen contra todos los empresarios que habían obtenido créditos en dólares y que no podían cumplir sus obligaciones y por lo tanto declaraban quiebra.

El número de empresas que han sido objeto de un procedimiento de suspensión de pago y que dejan la actividad productiva sube notablemente. En 2002 la tasa de desempleo llega al nivel histórico del 21,5%; los desempleados y los sub ocupados conforman el 40% de la población activa y el 50% de los argentinos viven en estado de pobreza (Villani, 2010: 99).

Figura 1: evolución del desempleo entre 1990 y 2003



La naturaleza del fenómeno

Si la crisis económica genera una fuerte contracción del sector productivo, la necesidad de reducir el gasto público finalizado a pagar la deuda del Estado incide negativamente sobre la eficiencia del *Welfare*.

Los trabajadores argentinos, expulsados del mercado del trabajo, difícilmente pueden regresar en razón de la ausencia de cualquier tipo de política activa que garantiza la reinserción y la readaptación profesional.

interiores imprenta.indb 143 06/06/2017 06:37:45 a.m.

En este contexto los trabajadores, afectados por el cierre de la empresas donde trabajan en relación de dependencia, intentan defender su fuente de trabajo ocupando materialmente la empresa en defensa de los activos físicos productivos primero y en voluntad de reiniciar los procesos productivos mediante formas de gestión directa, imponiendo su decisión antes que hayan sido adoptados mecanismos legales o de asistencia técnica o financiera que viabilizan la continuidad del esfuerzo.

La configuración del fenómeno como respuesta inmediata a una exigencia material ha dado lugar a dudas sobre su connotación ideológica (Rezzonico, 2003: 11), porqué ha sido considerada muy diferente de las formas de control obrero sobre la producción que existían en los países socialistas.

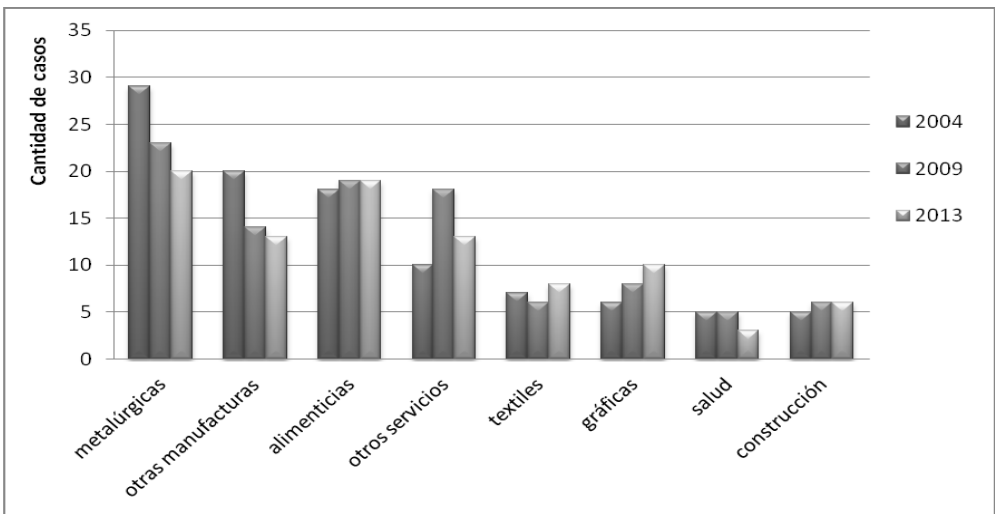
A este respecto el análisis del perfil de las empresas y de los trabajadores que las gestionan pueden constituir elementos útiles para comprender la naturaleza del fenómeno.

El fenómeno ha interesado –y hoy en día interesa– principalmente el sector de las pequeñas y medianas empresas que, en razón de su escasa competitividad, non ha logrado sostener la apertura del mercado a la concurrencia internacional.

El 21% de estas empresas antes de la "recuperación" empleaban menos de 15 trabajadores, el 50% empleaban 16 hasta 49 personas, el 9% tenía desde 100 hasta 199 trabajadores y solamente en el 4% de ellas había una plantilla de más de 200 personas (Marchetti, 2013: 96).

Por lo que concierne al sector productivo, se calcula que casi el 50% de las "empres recuperadas" eran metalúrgicas o pertenecían al sector industrial manufacturero, que el 18 % eran empresas alimenticias y que las empresas recuperada en cada otros sectores representaban meno del 10% del total (Ruggeri, 2009: 16).

Figura 2: Cantidad de Empresa recuperada por sector productivo



Fuente: Ruggeri, 2014: 12

interiores imprenta.indb 144 06/06/2017 06:37:45 a.m.

Consecuentemente es bastante fácil individualizar el perfil del trabajador ocupado en estos contextos productivos, y por lo tanto del sujeto implicado en la "recuperación".

Lo trabajadores de las empresas que han sido recuperadas eran trabajadores poco capacitados y relacionados con la cadena de montaje. Frecuentemente, eran el único productor de ingresos de su núcleo familiar. Para estos trabajadores hubiera sido difícil encontrar un nuevo trabajo, en razón de su edad y del tiempo en el cual habían sido empleados por la misma empresa.

El 42% de estos trabajadores ha participado al proceso de mantenimiento de la fuente de trabajo.

Se trata de sujetos de edad superior a los 40 años, ocupados en la misma empresa por no menos de 10 años, que resultan más expuestos al riesgo de una desocupación de larga duración y por los cuales los subsidios de desocupación hubieran sido insuficientes para el sustentamiento del núcleo familiar (Howart, 2007: 27).

En este contexto la ocupación de la fábrica se ha configurado –al menos en la fase inicial– más como una solución inmediata, concreta y necesaria para los trabajadores que como una manifestación de la relación entre estructura y supraestructura (Mascheroni, Perbellini, 2014: 107).

La "factibilidad" de las empresas recuperadas.

La ocupación de la fábrica constituye sin dudas la manifestación de la *intención* de los trabajadores de mantener su fuente del trabajo. Es necesario subrayar que en ausencia de herramientas jurídicas y económicas que garantizan a los trabajadores la reanudación y la continuidad de la actividad productiva, el objetivo ocupacional no puede ser cumplido.

Desde una perspectiva jurídica la legitimación de aquel fenómeno que puede configurarse como violación del art. 17 de la Constitución Argentina por lo cual "*La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella"* es una de las cuestiones más complejas del tema de las "empresas recuperadas".

En todo caso la estabilidad jurídica no es suficiente si no es acompañada por la disponibilidad económica de capitales, que constituye un presupuesto imprescindible para un fructuoso ejercicio de cualquier actividad empresarial.

Es en relación a los perfiles ilustrados que ha sido mesurada la "factibilidad" de las empresas recuperadas. La hipótesis es que el fenómeno se configure como una eficiente herramienta institucional para el mantenimiento y el crecimiento de los niveles ocupacionales, y no como una manifestación extemporánea de una conflictividad transitoria de la clase obrera.

interiores imprenta.indb 145 06/06/2017 06:37:45 a.m.

El reconocimiento jurídico

Aunque la Constitución Argentina reconozca que el derecho de propiedad es inviolable, en el art. 17 se lee que un habitante puede ser "privado de ella […] en virtud de sentencia fundada en ley y que la expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada". La expropiación es entonces una de las herramientas que el ordenamiento argentino ha utilizado para legitimar *ex post* la ocupación de los centros de producción por parte de los trabajadores, y para permitir la recuperación de la producción.

Tanto en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires cuanto en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las áreas del país en el cual se concentra la producción industrial, han sido aprobadas medidas que han declarado la utilidad pública y han sujetado a expropiación o a ocupación transitoria los inmuebles, maquinaria e instalaciones de diversas empresa que han sido entregados a cooperativas de trabajo conformadas por el personal de dichas empresas, en algún casos mediante donación y en otros mediante cargo oneroso (Rezzonico, 2003: 28; Ruggeri, 2014: 23).

En este sentido la tutela jurídica del fenómeno está seguramente conectada con un diferente balance entre derechos constitucionalmente protegidos, derecho de propiedad y derecho al trabajo.

Es necesario precisar que la solución de la expropiación no constituye una solución cierta y estable en el tiempo. La expropiación, implicando siempre un gasto público está inevitablemente conectada a la incierta y cambiante capacidad económica del Estado que a menudo constituyen un obstáculo al pago de la indemnización al titular del bien expropiado.

La alternativa a la herramienta de la expropiación se inserta en el marco de la Ley de Concurso y Quiebras, la N° 24. 522.

Esta última ya en el 2002, con las modificaciones introducidas por la Ley N° 25.563, había individualizado un espacio de legitimidad por el fenómeno. En caso de declaración de quiebra, se preveía con l'art.189, la posibilidad de continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de sus establecimientos si de la interrupción pudiera resultar un daño grave a los intereses de los acreedores o a la conservación del patrimonio.

Aunque la *ratio* de la continuación inmediata no hubiera sido la de tutelar la fuente de trabajo, es a través de esta disposición que indirectamente se conseguía el objetivo. A los trabajadores que habían ocupado la empresa se les reconocía la posibilidad de continuar, a través de la constitución de una cooperativa, la producción.

En el 2011 el legislador adquiere mayor conciencia en la configuración de la recuperación de la empresa por sus trabajadores como herramienta para mantener la fuente del trabajo.

interiores imprenta.indb 146 06/06/2017 06:37:45 a.m.

Con la Ley N° 26.684 del 1 junio del 2011 se ha previsto explícitamente, en el art. 189, que la conservación de la fuente de trabajo habilita la continuación inmediata de la explotación de la empresa o de alguno de su establecimientos, si las dos terceras partes de los trabajadores en actividad o de los acreedores laborales, organizados en cooperativa, la solicitan al síndico o al juez.

Contextualmente el art. 190 prevé que en toda quiebra , el juez, para la continuación ordinaria de la explotación de la empresa, tiene que tomar en consideración el pedido formal de los trabajadores en relación de dependencia que bajo forma de cooperativa de trabajo representan las dos terceras partes de los trabajadores en actividad o de los acreedores laborales. Esta posibilidad es finalizada a la protección de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa declarada en quiebra.

La continuación inmediata u ordinaria de la explotación de la empresa, pero, puede garantizar solo en el breve periodo el mantenimiento de la fuente del trabajo, hasta la liquidación de la empresa. Los Art 203 bis y 205 prevén una solución definitiva.

El art. 203 reconoce a los trabajadores reunidos en cooperativa la posibilidad de adquirir la empresa, utilizando los créditos laborales de los que resulten titulares y que voluntariamente ceden a la cooperativa.

El art. 213 dispone la venta directa de bienes a la cooperativa para el caso de que ésta sea continuadora de la explotación y cuando esta alternativa sea la más útil para el resultado de la liquidación que sigue a la quiebra.

Si la solución de la constitución de la cooperativa constituye la herramienta jurídica a través de la cual los trabajadores que han ocupado la empresa pueden legítimamente insertarse en el procedimiento de quiebra de la empresa, hoy día este está orientado al resguardo de la conservación de la fuente laboral. En esta perspectiva la ausencia de capitales y la falta de capacidades de gestión puede constituir un obstáculo al desarrollo de la empresa.

El apoyo económico y de gestión del Estado a las “empresas recuperadas”

El reconocimiento y la legitimación de las “empresas recuperadas” por parte del Estado se manifiestan también a través del apoyo económico, porque en estas empresas la necesidad de capital se manifiesta no solo a la hora de invertir en máquinas e infraestructura, sino también para poner en marcha la producción.

A este respecto los datos relativos al año 2003 son relevantes. Se calcula que en este año el 17% de las empresas recuperadas no producía, que el 36% de estas trabajaba a un tercio de su capacidad de producción, que el 29% producía entre el 31% y el 60% de su capacidad de producción, y que solo el 18% producía en cantidad superior al 60% (Howarth, 2007: 29).

interiores imprenta.indb 147 06/06/2017 06:37:45 a.m.

Si se considera que la capacidad económica de una empresa está conectada no solamente a la disponibilidad de materiales, sino también a las formas en que gestiona su capital, se comprende como para las empresas recuperadas sea dificultoso implantarse en un mercado competitivo.

Como ya se ha subrayado, los niveles profesionales de los trabajadores/socios son muy bajos y las capacidades de gestión, ausentes.

Consciente de los limites económicos y de gestión, y con la voluntad de promover la institucionalización del fenómeno como herramienta finalizada al mantenimiento de los niveles ocupacionales, el Ministerio del Trabajo y la Secretaria al Empleo han creado en el 2004 el programa "Trabajo autogestionado" en el cuadro del proyecto UNDP-Argentina 02/2003.

El proyecto está dirigido específicamente a los trabajadores afectados por la crisis económica que intentan una iniciativa gestionada de manera independiente.

La Resolución S.E. 194/04, que crea al programa, individualiza como destinatarios "las unidades productivas en funcionamiento o por reactivar autogestionadas por trabajadores en condiciones de precariedad laboral y las empresas o fabricas recuperadas por los trabajadores".

El Estado entonces presta ayuda económica individual con los subsidios de desocupación, garantiza apoyo para la compra de materias primas, así como lo de carácter técnico y económico para la gestión, con el objetivo de "mantener y generar puestos de trabajo, promocionando y fortaleciendo unidades productivas auto-gestionadas por los trabajadores y mejorar su competitividad y sustentabilidad, así como las condiciones de higiene y seguridad de los trabajadores, promoviendo la mejora de las condiciones y el medio ambiente de trabajo".

El apoyo a las empresas recuperadas deviene una obligación garantizada por la ley a través de la modificación del art. 191-bis de la Ley de Concurso y Quiebra que dispone que *"en toda quiebra que se haya dispuesto la continuidad de la explotación de la empresa por parte de las dos terceras del personal en actividad o de los acreedores laborales organizados en cooperativa"* el Estado debe brindar asistencia técnica para colaborar con el buen manejo de la empresa.

En este escenario es necesario subrayar como a nivel local el Ministerio de la Producción, Ciencia y Tecnología de la Provincia de Buenos Aires ha creado, por Decreto 833/2012 el Programa de Registro y Asistencia de Empresas Recuperadas con el objetivo de asegurar una continuidad a las empresas recuperadas y facilitar el acceso de las mismas a todas las herramientas y actividades promovidas. Considerando las Empresas Recuperadas como parte integrante de la estructura productiva, el Estado garantiza el apoyo a PYMES, profundizando el rol de la ciencia y la tecnología en la mejora de la competitividad, en el aumento del valor agregado y en la multiplicación de las oportunidades de empleo.

interiores imprenta.indb 148 06/06/2017 06:37:45 a.m.

Asimismo, el Ministerio, persiguiendo el objetivo primordial de apoyar todas las iniciativas genuinas de recuperación de fábricas que buscan preservar las fuentes laborales y satisfacen las condiciones de sustentabilidad socio-económica, a través de la Dirección Provincial de Análisis Productivo Regional y Empresas Recuperadas ejerce la autoridad de aplicación en las expropiaciones con destino a dichos emprendimientos, brindando asistencia y seguimiento.

Las empresas recuperadas: modelo alternativo de organizaciónón de trabajo?

A la luz de estos razonamientos, se deduce como las empresas recuperadas, que originariamente nacen sin ningún tipo de legitimación jurídica, son hoy instrumentos de contención de la desocupación y alternativas eficaces para desarrollar nuevas formas de empleo.

Podemos reconducir esta connotación a lo que es el perfil externo del fenómeno, es decir el rol que las empresas recuperadas asumieron en el mercado laboral.

Hay, sin embargo, otro perfil que merece ser analizado. Se trata de la dimensión interna de estas empresas: la organización del trabajo, por un lado, y por el otro, las relaciones entre los sujetos que trabajan en este contexto particular.

La ausencia de una organización jerárquica, propia de un modelo cooperativo, ha inducido a muchos estudiosos a interpretar este fenómeno como una real alternativa al modelo capitalista.

Sin embargo, es importante considera que la ausencia de un empresario no implica automáticamente que se adopte un modelo de producción y de organización del trabajo alternativos. El primer obstáculo, en este sentido, es el hecho de que la empresa, aún autogestionada, sigue desarrollándose en un contexto de mercado capitalista. La empresa depende del mercado y puede mantenerse en él siempre y cuando demuestre tener un nivel adecuado de eficiencia productiva.

Como consecuencia, la empresa puede que se esfuerce por reproducir la misma forma de organización que la tenía antes de la “recuperación”.

Desde la perspectiva de la organización del trabajo, por más que en el modelo cooperativo la actividad de la Administración esté subordinada a la aprobación de la Asamblea General –compuesta por todos los socios/trabajadores– y por más que los votos de cada socio tengan el mismo valor, no necesariamente hace que se supere la distinción entre trabajadores más calificados –que dirigen– y trabajadores menos calificados – que ejecutan. Esta tendencia, que se había superado durante las primeras fases del proceso de “recuperación”, vuelve a presentarse con el proceso de institucionalización de las “empresas recuperadas”, con la estabilización de la actividad productiva y con la adquisición de niveles superiores de competitividad.

interiores imprenta.indb 149 06/06/2017 06:37:45 a.m.

En las empresas recuperadas, las demás formas de poder del empresario –el control y la disciplina– son ejercidas por órganos colectivos, constituidos por los trabajadores.

Un ejemplo de esto son las "normas de convivencia de la fábrica de Zanon bajo control obrero", empresa que produce cerámica recuperada por sus trabajadores desde octubre del 2001. Entre las normas de producción se lee que «por resolución de Asamblea la guardia tiene la obligación de revisar bolsos, mochilas, vehículos, […] a la salida"; que "los compañeros que tengan que retirarse de la planta por actividades o casos particulares deberán salir con autorización por escrito del coordinador del sector (una copia será entregada a la guardia)"; que " el compañero que ingrese a la planta y no se presente a horario en el sector que tiene asignado o abandona su puesto de trabajo será sancionado con un día de descuento"; que "el complimiento del horario de entrada y salida es obligatorio. Se toleran hasta tres entradas tarde de ingreso a la planta"; y, en fin, que "la no marcada del horario de entrada o salida será considerada como un no cumplimiento de horario. En caso de olvido se podrá justificar con un memo por escrito del compañero y su coordinador".

La reconstrucción del fenómeno es, en conclusión, compleja. La voluntad colectiva de mantener el puesto de trabajo, por parte del trabajador, a través de un modelo organizacional auto gestionado al que se le reconoce la forma jurídica de una cooperativa, no es de por sí suficiente a garantizar la implementación de un modelo alternativo de producción y de relaciones industriales.

Llegados a este punto, sería necesario concentrar la reflexión sobre un análisis de la identidad del trabajador que participa de la "recuperación" de la empresa, para comprender si se configura como una nueva figura, alternativa a la de trabajador salariado y a la de empresario, caracterizada por nuevas instancias y nuevos intereses. Este nuevo sujeto, que podría ser el destinatario y el autor de un nuevo modelo de organización, merece ser tomado en consideración para investigaciones futuras.

En conclusión, podemos decir que los socios de sociedades cooperativas que tienen por fin la explotación de empresas bajo el sistema de empresas recuperadas, se alejan del esquema de socios cooperativos típicamente autónomos, pues existe una recreación del esquema capitalista dependiente que supone el reemplazo del trabajo perdido o su equivalente, no obstante lo cual constituye un nuevo modelo de las relaciones laborales en que los trabajadores se apartan del concepto estricto de relación de dependencia. Sin perjuicio de lo manifestado, el riesgo al que se someten cuando disponen de sus créditos indemnizatorios con el fin de dar continuidad a la fuente laboral, presenta un acercamiento compatible con lo que se propone individualizar a los autónomos, en tanto asumen el riego de la actividad.

No obstante ello no podemos olvidar que para la asunción de ese riesgo los trabajadores hacen deserción de créditos indemnizatorios que son de contenido irrenunciable. Por ello, sería deseable que al apoyo económico y financiero que el estado otorga se adicione el respaldo de esos créditos laborales invertidos de modo tal que ante el fracaso "empresario", el trabajador acceda a la compensación

interiores imprenta.indb 150 06/06/2017 06:37:45 a.m.

económica que postergó en aras al emprendimiento y que opera como modo de protección social.

Sin lugar a dudas, en los últimos tiempos dónde se profundiza la precarización del empleo, y el empleo informal y el desempleo azotan la realidad ya no solamente de los países de Latinoamérica esta figura de las empresas recuperadas se presenta activa como medio efectivo de mantenimiento de la fuente de trabajo.

interiores imprenta.indb 151 06/06/2017 06:37:45 a.m.

EL CONVENIO 189 DE LA OIT SOBRE TRABAJADORES DOMÉSTICOS
VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE SU RATIFICACIÓN (CASO GUATEMALA)

Augusto Valenzuela Herrera
(Guatemala)[1]

El trabajo doméstico es una fuerza de trabajo que se encuentra dentro del sector informal. Históricamente ha tendido a ser un tipo de trabajo vulnerable debido a la falta de claridad en las condiciones de trabajo, así como a la explotación laboral y abusos a los que muchas veces se ven expuestos los trabajadores domésticos. Lamentablemente no siempre se tiene en cuenta que a los trabajadores domésticos, como a cualquier otro trabajador de cualquier

(1) Presidente-fundador de la Asociación Guatemalteca de Derecho del Trabajo; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Rafael Landívar; Doctorando en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona; Doctor Honoris Causa por la Universidad Paulo Freire de Nicaragua; Ex Becario del Programa de Especialistas Latinoamericanos en Relaciones Laborales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Universidad Castilla-La Mancha de España y la Universitá di Bologna, Italia. Consultor de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); Profesor de Derecho Laboral por más de veinticinco años; Profesor visitante de la Universidad Tecnológica del Perú; Ponente en congresos y seminarios a nivel nacional e internacional; Ha escrito diversas obras y artículos en materia laboral y de seguridad social.

interiores imprenta.indb 152 06/06/2017 06:37:45 a.m.

otro sector, deben reconocérseles los derechos laborales mínimos, así como garantizarles un trabajo decente que les otorgue las oportunidades y condiciones mínimas para lograr su desarrollo personal.

Es oportuno resaltar que según las estimaciones mundiales y regionales más recientes preparadas por la OIT, al menos 52,6 millones de mujeres y hombres mayores de 15 años tienen su empleo principal en el trabajo doméstico. Esta cifra representa alrededor del 3,6 por ciento de la fuerza de trabajo asalariada en todo el mundo. Las mujeres constituyen la abrumadora mayoría de los trabajadores domésticos, ya que son 43,6 millones, o aproximadamente el 83 por ciento del total. El trabajo doméstico es una fuente importante de empleo remunerado para las mujeres, y las trabajadoras domésticas representan el 7,5 por ciento de la fuerza de trabajo femenina asalariada en todo el mundo(2).

Ciertamente los datos mencionados evidencian la deficiente o inclusive nula protección de la ley para los trabajadores domésticos en el mundo, lo que se traduce en la necesidad de contar con una legislación laboral inclusiva para ellos, así como en la implementación de medidas que garanticen su aplicación y cumplimiento efectivo. En este sentido se orienta la normativa internacional de trabajo, con el objeto que los países revisen su normativa interna y amplíen, o reconozcan en su caso, la protección legal para los trabajadores domésticos.

En esta línea de pensamiento, la Organización Internacional de Trabajo (OIT), adoptó el 16 de junio de 2011 el Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos y la Recomendación 201, con el objeto de establecer un marco normativo que sirva de base para el tema. Cabe mencionar que éste a la fecha ha sido ratificado por 22 países (Alemania, Argentina, Bélgica, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Filipinas, Guyana, Irlanda, Italia, Mauricio, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Portugal, Sudáfrica, Suiza, y Uruguay) y en todos los países se encuentra en vigor(3).

Este Convenio tiene por objeto brindar protección laboral y social a los trabajadores domésticos, estableciendo los derechos y principios básicos aplicables a ellos. Asimismo, exige a los Estados tomar una serie de medidas con el fin de lograr que el trabajo decente sea una realidad para trabajadoras y trabajadores domésticos(4). Por su parte la Recomendación constituye una serie de disposiciones que permiten "el fortalecimiento de la legislación y las políticas de cada país en materia de trabajo doméstico" indicando qué medidas pueden tomarse para la

(2) Trabajadores domésticos: estimaciones a nivel mundial y regional, serie Notas de información sobre trabajo doméstico número 4, citado por Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, C189 &R201 en pocas palabras, 1ª. Edición , 2011 , (En red) disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_170440.pdf

(3) Organización Internacional de Trabajo. Ratificación de los Convenios de la OIT: Ratificación por Convenio, Sin fecha de publicación (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:9278596706299:::P11300_INSTRUMENT_SORT:1

(4) Oficina Internacional de Trabajo. Convenio 189, Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, Sin fecha de publicación, (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_164520.pdf.

interiores imprenta.indb 153 06/06/2017 06:37:45 a.m.

aplicación del Convenio y el cumplimiento del mismo. Ambos instrumentos son el resultado de una amplia investigación de las legislaciones y prácticas nacionales, así como de la celebración de consultas y debates en los órganos tripartitos de la OIT; constituyen la primera norma internacional de trabajo elaborada por la OIT para este sector de trabajadores(5).

Previo a abordar de lleno el contenido del Convenio, debemos determinar qué se entiende por "trabajo doméstico". Según el artículo 1 del Convenio 189 de la OIT, es *"el trabajo realizado en un hogar u hogares o para los mismos"*. Asimismo, este artículo define trabajador doméstico como *"toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo"*; por último indica que no son trabajadores domésticos quienes de forma ocasional o esporádica realizan algún tipo de trabajo doméstico sin que éste sea una ocupación profesional.

Por su parte, el Código de Trabajo guatemalteco en su artículo 161 indica que *"trabajadores domésticos son los que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseos, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono".*

Sus labores pueden incluir tareas como limpiar la casa, cocinar, lavar y planchar la ropa, cuidar de los niños, de los ancianos o de los miembros enfermos de la familia. Trabajan como jardineros, vigilantes o choferes de la familia e, incluso se ocupan de las mascotas del hogar. Un trabajador doméstico puede trabajar a tiempo completo o parcial; puede trabajar para una sola familia o para más empleadores; puede vivir en el hogar del empleador o en su propia residencia.(6)

Con base en las definiciones anteriores podemos afirmar que un trabajador doméstico es toda persona que desempeña habitualmente labores dentro del hogar, tales como servicio de limpieza, mayordomos, cocineros, choferes, niñeras, jardineros, entre otros, recibiendo una retribución por ello.

Hecha esta consideración previa abordamos ahora el tema del Convenio 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos. El preámbulo del mismo hace énfasis en la importancia que tienen los trabajadores domésticos en la economía mundial, así como en el poco valor que se le otorga a su trabajo. Asimismo, recuerda que *"los convenios y las recomendaciones internacionales del trabajo se aplican a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores domésticos, a menos que se disponga otra cosa".* Por lo tanto, es importante resaltar aquí que se encuentran cubiertos por el convenio todos los trabajadores domésticos, con el

(5) Oficina Internacional de Trabajo. **Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos. Convenio número 189 y Recomendación número 201en pocas palabras**, Fecha de publicación: 2011, (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_170440.pdf.

(6) Organización Internacional del Trabajo, Sin fecha de publicación (En red) disponible en: http://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_211145/lang--es/index.htm

interiores imprenta.indb 154 06/06/2017 06:37:45 a.m.

objeto de que éstos *"gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia"*. Sin embargo, cabe mencionar que existe la posibilidad de excluir total o parcialmente del ámbito de aplicación del Convenio a ciertas categorías de trabajadores, previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores.

En cuanto al contenido del Convenio, éste en líneas generales establece algunas normas mínimas para los trabajadores domésticos, tales como: derechos básicos, información sobre los términos y condiciones de empleo, horas de trabajo, remuneración, seguridad y salud, seguridad social, trabajo infantil doméstico, normas para los trabajadores domésticos que viven en la casa de sus empleadores, normas relativas a trabajadores domésticos migrantes, agencias de empleo privadas, resolución de conflictos, así como lo relativo a quejas y el cumplimiento de la ley.

Específicamente en el tema de las horas de trabajo, cabe mencionar que para más de la mitad de la totalidad de los trabajadores domésticos, las legislaciones no prevén *"un límite de horas de trabajo semanales y para alrededor del 45 por ciento no prevé el derecho a períodos de descanso semanales"*[7]. Por consiguiente, el Convenio establece en su artículo 10, tres elementos importantes que representan un avance significativo en el tema. El primero de ellos es que los trabajadores domésticos deben recibir igualdad de trato respecto de los trabajadores en general, en consecuencia, deben tener una jornada normal de trabajo, se les deben compensar las horas extraordinarias que laboren y deben contar con períodos de descanso diarios y semanales así como vacaciones anuales pagadas, siempre tomando en cuenta las características especiales de este tipo de trabajo. El segundo elemento es que los trabajadores domésticos deben tener un período de descanso semanal de 24 horas consecutivas como mínimo. Por último, el tercer elemento es que deben considerarse como horas de trabajo los períodos en que los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y están pendientes a que se pueda requerir su servicio.

Igualmente, el Convenio en su artículo 13 reconoce que los trabajadores domésticos tienen derecho a un entorno seguro y saludable, y para el efecto se deben adoptar las medidas que garanticen estas condiciones. Sin embargo, no establece específicamente cuáles son estas medidas, por lo que se entiende que cada Estado Miembro debe adoptar las que considere convenientes, teniendo en cuenta las características especiales de este tipo de trabajo y siempre en consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores.

Por otro lado, el Convenio reconoce en su artículo 14 que los trabajadores domésticos tienen derecho a gozar de la protección de la seguridad social en las mismas condiciones aplicables a los trabajadores en general, inclusive en lo relativo a la maternidad, para lo cual deben adoptarse progresivamente las medidas

(7) Organización Internacional de Trabajo. ***Los trabajadores domésticos en el mundo Estadísticas mundiales y regionales, y alcance de la protección jurídica, Resumen Ejecutivo***. Fecha de publicación: 2013, (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_200965.pdf.

interiores imprenta.indb 155 06/06/2017 06:37:45 a.m.

correspondientes. En definitiva, como ya hemos indicado, no existe ninguna diferencia entre un trabajador doméstico y los demás trabajadores, por lo que éstos también tienen derecho a ser incluidos dentro del régimen de seguridad social haciendo las aportaciones correspondientes, para que oportunamente puedan gozar de sus beneficios.

Otro aspecto muy importante a considerar es la remuneración que reciben los trabajadores domésticos por los servicios que prestan. Generalmente suelen percibir salarios bajos (inclusive menores al salario mínimo establecido), debido en parte, a que los requisitos y competencias necesarias para desempeñar el trabajo suelen ser poco exigentes, así como a "la poca valoración de que es objeto el trabajo doméstico por parte de la sociedad y la debilidad que caracteriza la posición negociadora de los trabajadores domésticos"(8); estas circunstancias demuestran la necesidad de que se fije un salario mínimo justo para estos trabajadores. Sobre este tema el Convenio en su artículo 11 contempla la efectiva aplicación del sistema de salario mínimo para los trabajadores domésticos, así como evitar que exista discriminación por motivo de sexo al momento de la fijación del monto de la retribución. Igualmente, el artículo 12 establece que los pagos deben realizarse en efectivo y únicamente podrán ser en especie con la anuencia del trabajador y cuando estos se destinen a su uso y beneficio personal.

Para el caso particular de Guatemala, el Código Trabajo, dentro del título cuarto relativo al trabajo sujeto a regímenes especiales, contempla un capítulo dedicado al trabajo doméstico. Sin embargo, a pesar de ser una legislación bastante escueta, podemos resaltar los siguientes aspectos relevantes: la retribución de los trabajadores domésticos está conformada del pago en dinero y el suministro de habitación y manutención; el empleador le puede exigir al trabajador doméstico la presentación de un certificado de buena salud; los trabajadores domésticos deben disfrutar de un descaso absoluto, mínimo y obligatorio de diez horas diarias, y los días domingos y feriados deben disfrutar de un descanso adicional de seis horas remuneradas; finalmente, se establece todo lo relativo a los casos de enfermedad, así como justas causas para dar por terminado el contrato.

Como bien se indicó, la regulación del tema es bastante escasa en nuestro país, razón por la cual han existido diversas iniciativas de ley presentadas al Congreso de la República, algunas encaminadas a la aprobación del convenio, otras, a la reforma del Código de Trabajo y otras a la aprobación de una ley específica para el tema.

Para empezar se puede enunciar la iniciativa que dispone aprobar el Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, Número 189 de la Organización Internacional del Trabajo.

(8) Ídem.

interiores imprenta.indb 156 06/06/2017 06:37:45 a.m.

Dentro de las iniciativas encaminadas a la reforma del Código de Trabajo podemos mencionar la número 2857 presentada en mayo de 2003, que busca modificar el artículo 164 del Código de Trabajo de la siguiente manera: "Las personas trabajadoras en casa particular gozarán de los mismos derechos y prestaciones que los trabajadores en general, que establecen la Constitución Política de la República de Guatemala y las demás leyes de trabajo y previsión social"(9). Con este simple artículo se busca reconocer que un trabajador doméstico tiene los mismos derechos que un trabajador en general, lo cual se encuentra conforme a la orientación que actualmente le da la OIT a este tema.

La iniciativa de reforma al Código de Trabajo número 4075, presentada en agosto de 2009, busca una reforma integral al capítulo cuarto del título cuarto del Código, empezando por el cambio de denominación del mismo de "Trabajo Doméstico" a "Trabajo de Casa Particular". Dentro de los aspectos más relevantes que pretende esta reforma podemos resaltar: la fijación del salario mínimo para la parte trabajadora de casa particular; goce de prestaciones laborales; reconocimiento de ventajas económicas; obligación de suministrar o no alimentación y habitación según el trabajo sea permanente o por horas; pago de salario por hora cuando aplique; obligación de suscribir contrato de trabajo por escrito y rendir copia a la Dirección General de Trabajo; el Ministerio de Trabajo debe mantener un registro de personas trabajadoras y velar por el cumplimiento y promoción de sus derechos; el trabajo de casa particular se sujeta a lo que el Código ya establece en cuanto a jornadas de trabajo, feriados, días de asueto y demás derechos(10). Evidentemente, vemos que esta iniciativa es más completa y detallada en cuanto al reconocimiento de los derechos laborales mínimos de los trabajadores domésticos y busca regularizar su situación laboral.

Aunado a ello, existen cuatro iniciativas para la aprobación de una normativa específica en el tema. La primera de ellas, es la iniciativa número 2131, presentada en enero de 1999, la cual busca la aprobación de la "Ley de Trabajadora de Casa Particular"; la segunda, la iniciativa número 3243, presentada en mayo de 2005, que busca la aprobación de la "Ley de Protección al Trabajo de Casa Particular"; y la tercera, la número 3467, presentada en mayo de 2006, que busca la aprobación de la "Ley de Protección al Trabajador de Casa Particular"; la cuarta y más reciente es la iniciativa 4963, presentada el 11 de febrero de 2016 "Ley reguladora del trabajo en casa particular". En términos generales, estas iniciativas contemplan derechos, obligaciones laborales de la parte empleadora y la parte trabajadora con motivo de la relación laboral entablada entre ellas, prohibiciones, formalidades, entre otros aspectos.

(9) Dirección Legislativa del Congreso de la República de Guatemala, Iniciativa de Ley número 2857, Reformas al Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República, Guatemala.

(10) Dirección Legislativa del Congreso de la República de Guatemala, Iniciativa de Ley número 4075, Reformas al Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República, Guatemala.

interiores imprenta.indb 157 06/06/2017 06:37:45 a.m.

Por otro lado, en el tema de seguridad social para trabajadores domésticos en Guatemala, es importante mencionar que en el año 2009, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social –IGSS– mediante el Acuerdo número 1235, creó el Programa Especial de Protección para Trabajadoras de Casa Particular –PRECAPI–, con el objeto de ampliar la cobertura del régimen de Seguridad Social para la población femenina que realiza trabajos domésticos. Dicho programa brinda protección a los riesgos de maternidad, control de niño sano y accidentes, a través de prestaciones en salud y prestaciones en dinero. De conformidad con el artículo 2 de este reglamento, "esta protección abarca en calidad de afiliada, a las trabajadoras domésticas que se dediquen en forma habitual y continua a labores de aseo, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importe lucro o negocio para el empleador". Es oportuno indicar que este programa tiene carácter de obligatorio para los empleadores que ocupen a una o más trabajadoras domésticas, que laboren por lo menos tres días semanales. Por otro lado, en cuanto al financiamiento del programa, debe realizarse una contribución mensual del 6.3225% del salario mínimo mensual fijado para la actividad no agrícola, distribuido en las siguientes proporciones: Empleadores, 2.5290%; trabajadoras domesticas afiliadas, 1.2645%, Estado, 2.5290%.

También cabe mencionar que en Guatemala existen diversas organizaciones que apoyan la creación de leyes para la protección de los trabajadores domésticos, así como la ratificación del Convenio 189 de la OIT; algunas de las más activas y representativas son el Centro de Apoyo de las Trabajadoras de Casa Particular –CENTRACAP– y la Asociación de Trabajadoras del Hogar a Domicilio y de Maquila –ATRAHDOM–. Ésta última participó activamente en la 100ª Conferencia Internacional de Trabajo de la OIT remitiendo 4 delegadas para participar en las discusiones de aprobación del Convenio 189[(11)].

Luego de haber evaluado el contenido del Convenio y la situación actual del tema en Guatemala, enumeraremos ahora las ventajas y desventajas que representaría la ratificación del mismo en nuestro país.

En cuanto a las ventajas que Guatemala obtendría con la ratificación del Convenio la más importante es evidentemente la ampliación de la protección legislativa para los trabajadores domésticos, lo que implicaría una readecuación de la legislación laboral local a la normativa internacional de la OIT, tal y como lo establece el mismo artículo 18 del Convenio. Otra ventaja notable sería que los empleadores estarían obligados a pagar el salario mínimo a sus trabajadores domésticos, el cual necesariamente debería pagarse en efectivo; asimismo, estarían obligados a incluir a sus trabajadores domésticos en el régimen de seguridad social y a realizar las

(11) ATRAHDOM. Capítulo Guatemala hacia la Ratificación del Convenio 189 y la Recomendación 2011, Trabajo decente para el Trabajo Doméstico, 100ª Conferencia Internacional del Trabajo, Fecha de publicación: 28 de mayo de 2012, (En red) Disponible en: http://atrahdom.files.wordpress.com/2012/05/capc3adtulo-guatemala-hacia-la-ratificacic3b3n-del-convenio-189-y-la-recomendacic3b3n-2011.pdf.

interiores imprenta.indb 158 06/06/2017 06:37:45 a.m.

contribuciones respectivas. También, aumentaría su período de descanso semanal, respecto del tiempo con el que ya cuentan actualmente.

En cuanto a las desventajas cabe mencionar que, evidentemente, al momento en que Guatemala decida ratificar este Convenio, el mismo sería vinculante para nuestro país, es decir, de aplicación obligatoria, lo que conllevaría el cumplimiento de cada una de las disposiciones contenidas en el mismo, incluyendo la presentación de memorias que indiquen las medidas adoptadas para la aplicación del Convenio, así como la fiscalización permanente por parte de la OIT con el objeto de verificar las condiciones laborales de los trabajadores domésticos y el cumplimiento de dicha normativa, lo cual no resulta adecuado en este momento puesto que ya contamos con diversos compromisos internacionales. Asimismo, hay que hacer notar que sería bastante difícil lograr una adecuada fiscalización en este tema, tomando en cuenta que el trabajo doméstico se realiza en el interior de la vivienda, por lo que, en virtud del derecho fundamental de inviolabilidad de la vivienda, reconocido en el artículo 23 de la Constitución, no se podría permitir el ingreso de los inspectores de trabajo tan fácilmente, pues requerirían de orden de Juez competente para poder recopilar esta información.

En conclusión, como bien indicamos al inicio, el trabajo doméstico siempre ha sido poco valorado, inclusive las legislaciones laborales en el mundo tampoco se han preocupado por regular su situación, y si lo han hecho ha sido de manera muy superficial. En virtud de estos antecedentes, la Organización Internacional del Trabajo –OIT– emitió el Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos y la Recomendación 201, instrumentos con los cuales cual busca establecer un marco normativo de carácter internacional con miras a la reforma de las normas nacionales de cada país en el sentido de incluir a estos trabajadores dentro de la protección legal, para así mejorar sus condiciones laborales. En Guatemala contamos con una legislación básica en el tema, y recientemente se han logrado avances en materia de seguridad social para los trabajadores domésticos; sin embargo, en cuanto a la normativa laboral específicamente todavía faltan aspectos que mejorar, razón por la cual diversos grupos interesados han promovido iniciativas de ley ante el Congreso de la República para lograr este objetivo. Finalmente debemos preguntarnos ¿debe Guatemala ratificar el Convenio 189 de la OIT? Para saberlo se deben evaluar las condiciones del país, pues si bien es innegable que los trabajadores domésticos tienen derecho a la mejora de sus condiciones laborales, también es cierto que se debe evaluar la situación del país y determinar si estamos preparados para el cumplimiento de estos compromisos. Si Guatemala ratifica el Convenio 189 de la OIT se logrará equiparar los beneficios de este grupo con la generalidad de trabajadores, pero con riesgos de provocar desempleo.

BIBLIOGRAFÍA

ATRAHDOM. *Capítulo Guatemala hacia la Ratificación del Convenio 189 y la Recomendación 2011, Trabajo decente para el Trabajo Doméstico, 100ª Conferencia Internacional del Trabajo*, Fecha de publicación: 28 de mayo de

interiores imprenta.indb 159 06/06/2017 06:37:45 a.m.

2012, (En red) Disponible en: http://atrahdom.files.wordpress.com/2012/05/capc3adtulo-guatemala-hacia-la-ratificacic3b3n-del-convenio-189-y-la-recomendacic3b3n-2011.pdf.

Dirección Legislativa del Congreso de la República de Guatemala, *Iniciativa de Ley número 2857, Reformas al Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República*, Guatemala.

Dirección Legislativa del Congreso de la República de Guatemala, *Iniciativa de Ley número 4075, Reformas al Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República*, Guatemala.

Dirección Legislativa del Congreso de la República de Guatemala, *Iniciativa de Ley número 3467, Ley de Protección al Trabajador de Casa Particular*, Guatemala.

Dirección Legislativa del Congreso de la República de Guatemala, *Iniciativa de Ley número 2131, Ley de Trabajadora de Casa Particular*, Guatemala.

Dirección Legislativa del Congreso de la República de Guatemala, *Iniciativa de Ley número 3243, Ley de Protección al Trabajo de Casa Particular*, Guatemala.

Dirección Legislativa del Congreso de la República de Guatemala, *Iniciativa de Ley número 4963, Ley reguladora del Trabajo en casa particular*, Guatemala.

Oficina Internacional de Trabajo. *Convenio 189, Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*, Sin fecha de publicación, (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_164520.pdf.

Oficina Internacional de Trabajo. *Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos. Convenio número 189 y Recomendación número 201 en pocas palabras*, Fecha de publicación: 2011, (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_170440.pdf.

Organización Internacional de Trabajo. *Los trabajadores domésticos en el mundo Estadísticas mundiales y regionales, y alcance de la protección jurídica, Resumen Ejecutivo*. Fecha de publicación: 2013, (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_200965.pdf.

Organización Internacional de Trabajo. *Los trabajadores domésticos en el mundo Estadísticas mundiales y regionales, y alcance de la protección jurídica, Resumen Ejecutivo*. Fecha de publicación: 2013, (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_200965.pdf.

Organización Internacional de Trabajo. *Ratificación de los Convenios de la OIT: Ratificación por Convenio*, Sin fecha de publicación (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:2551460.

Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, Trabajo decente para las trabajadoras y los trabadores domésticos, C189 &R201 en pocas palabras, 1ª. Edición , 2011,

interiores imprenta.indb 160 06/06/2017 06:37:45 a.m.

(En red) disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_170440.pdf

Organización Internacional de Trabajo. *Ratificación de los Convenios de la OIT: Ratificación por Convenio*, Sin fecha de publicación (En red) Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:9278596706299:::::P11300_INSTRUMENT_SORT:1

Organización Internacional del Trabajo, Sin fecha de publicación (En red) disponible en: http://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_211145/lang--es/index.htm

interiores imprenta.indb 161 06/06/2017 06:37:45 a.m.

LA REFORMA LABORAL PENDIENTE

Luis Alberto Huancapaza Condori[1]
(Perú)

Tres décadas de neoliberalismo, han impactado negativamente sobre los derechos laborales, y contribuido al estancamiento de los salarios; el presente artículo es un breve repaso de como se ha producido este efecto, y ofrece algunas alternativas desde lo que se podría hacer a través de modificar aspectos claves de nuestra sistema de leyes laborales.

I. EVOLUCIÓN ECONÓMICA Y REFORMA LABORAL EN EL PERÚ

A la reforma laboral impuesta en nuestro país durante los noventa, hay que ubicarla dentro del proceso de cambios que la economía mundial sufrió después de la Segunda Guerra Mundial, que transitó de capitalismo de estado, a capitalismo transnacional,[2] y en ese contexto en el Perú, de capitalismo estatal, iniciado con la crisis de 1,929, a capitalismo privado iniciado con el gobierno de Cambio 90.

(1) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Cedal – Centro de Derechos y Desarrollo
(2) Ramón García Rodríguez. A donde va el Perú. Ediciones Perú Integral. p. 64.

interiores imprenta.indb 162 06/06/2017 06:37:45 a.m.

En el Perú la hegemonía del modelo de intervención estatal coincidió con la etapa de crecimiento iniciado en 1,950 que concluyó en 1,975, período en el que se aplicaron al amparo de las tesis de la CEPAL(3), la estrategia de industrialización por sustitución de importaciones, primero, y después, la estatización de empresas, en donde sólo entre 1,960 y 1970, el consumo experimentó un aumento de 7.4% anual, la inversión 3.2 % y, el Producto Bruto Interno 5.6 % anual. En esta etapa de relativo crecimiento y al impulso de un sindicalismo mas o menos consolidado se conquistaron un conjunto de derechos vinculados a la relación capital trabajo.

En el plano individual se lograron los derechos a la estabilidad laboral, reguladas por el Decreto Ley 18138, (estabilidad en la contratación) y Decreto Ley 18471 (Estabilidad en la extinción); a la participación en la empresa, creadas por una norma para cada sector, Industrias por el Decreto Ley 18350, Pesquería por el Decreto Ley 18810, Minería por el Decreto Ley 18880 y Telecomunicaciones por el Decreto Ley 19020[3]**.** A nivel Colectivo, el derecho a la negociación colectiva a través del Decreto Supremo 006-71-TR. En el plano de la Seguridad Social fue creado el Régimen de Prestaciones de Salud mediante Decreto Ley 22482, el Sistema Nacional de Pensiones a través del Decreto Ley 19990 y el Régimen de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales regulado por el Decreto Ley 18846, todos bajo la administración de lo que se denominó primero Seguro Social del Perú, y después Instituto Peruano de Seguridad Social.

II. MODIFICACIÓN DE LA ECONOMÍA INTERNACIONAL Y CRISIS DE LOS SINDICATOS

Si bien es verdad que como parte de este crecimiento, se fue desarrollando el movimiento sindical, cuyo momento de auge ocurrió también, entre 1,950 hasta fines de los 70, es necesario puntualizar que el precario desarrollo del mismo, –expresado en la existencia de un sector industrial pequeño y atrasado tecnológicamente, predominancia de actividades primario extractivas de baja productividad y emergencia de un creciente sector informal–, generó un sindicalismo definido política e ideológicamente, pero carente de un programa que articule, sus reivindicaciones con una visión de país, que le permita no solo reclamar derechos sino proponer alternativas para cambiar el modelo extractivo exportador, defender el empleo y los salarios así como elevar la productividad y competitividad laboral.

A estos se suman otros factores que no atañen exclusivamente al Perú, como la internacionalización de la economía que ha generado crisis del concepto estado nación, descentralización de la producción y crecimiento del empleo informal, expresado en autoempleo y microempresas, que en el Perú tiene 42 % de participación en la generación de PBI[4].

(3) Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Organización de las Naciones Unidas responsable de promover el desarrollo económico y social de la región.

interiores imprenta.indb 163 06/06/2017 06:37:45 a.m.

III. FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

Pero si el entorno económico mundial fue la base material de la reforma, es el Estado durante la década de los noventa, con el objetivo de mantener las tasas de ganancia de las empresas, que generó leyes para neutralizar la acción sindical, imponiendo figuras como intermediación laboral, convenios de formación laboral juvenil y prácticas pre profesionales, contratación a plazo fijo libre e ilimitada, despido libre y sin causa, trabajo a tiempo parcial, que ocasionaron inestabilidad laboral, que su vez redundó en la disminución de trabajadores estables sindicalizados.

Además, el gobierno atacó directamente a la organización sindical imponiendo la cancelación del registro sindical por unilateral decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo, eliminando la negociación colectiva por rama de actividad, incorporando la caducidad de la convención colectiva y renegociación o revisión de convenios, así como restringiendo las causales o motivos para la declaración de una huelga. Esta situación intentó ser corregida a través de la Ley 27912 que levantó algunas de las dieciséis observaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, pero no permitió la recuperación de las tasas de sindicalización.

IV. ECONOMÍA Y DERECHO LIBERAL CONTRA LOS SALARIOS

En cuanto a la política salarial, en el ambito privado, el ajuste estructural de los noventa, uno de cuyos ejes fue la flexibilización laboral, redujo la capacidad adquisitiva de los salarios en general. En el sector público las leyes de presupuesto incorporaron la prohibición de incrementar remuneraciones vía negociación colectiva para trabajadores, lo que afectó la capacidad de los sindicatos para lograr mejoras remunerativas.

El contexto económico mencionado y los cambios legislativos, profundizaron la crisis. Esta se manifestó en la eliminación de derechos individuales y colectivos que ocasionaron a su vez la disminución del número de trabajadores sindicalizados, pues al eliminar la estabilidad y promover relaciones laborales temporales, fue imposible mantener gremios con vida orgánica estable. Además la irrupción de formas de descentralización de las grandes empresas forjó la mayor presencia de contratistas, subcontratistas y de contratos de intermediación laboral, que a su vez generaron mayor explotación de la mano de obra e incumplimiento de la legalidad laboral.

En cuanto al sector informal, este ha resultado difícil de sindicalizar, no sólo porque nuestra legislación laboral establece un mínimo de veinte trabajadores para formar un sindicato, sino porque en estos pequeños negocios las relaciones laborales, se confunden con la cooperación familiar, constituyendo más estrategias de sobre vivencia que conformación de empresas.

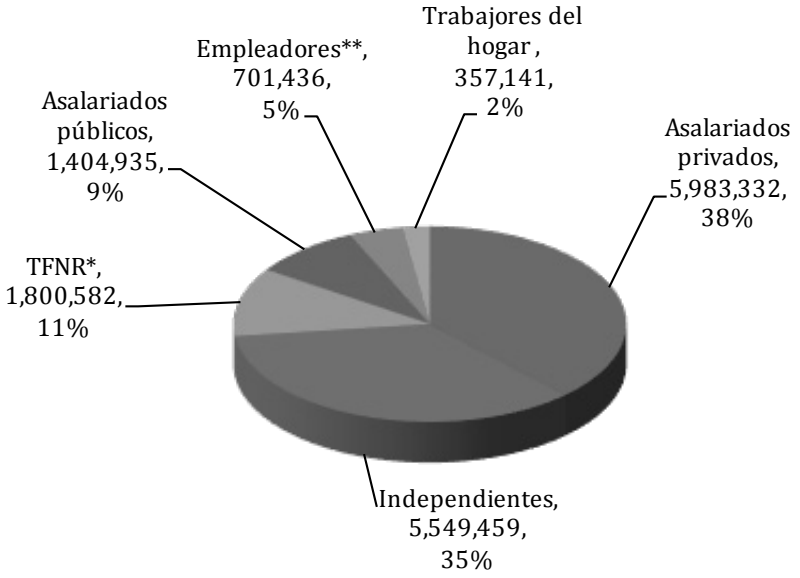
interiores imprenta.indb 164 06/06/2017 06:37:45 a.m.

V. REALIDAD LABORAL HETEROGENEA

Este escenario plantea una reforma laboral cuyo objetivo principal es la recuperación de la capacidad adquisitiva de los salarios, que a su vez permita fortalecer el mercado interno. El enfoque de esta reforma tiene el deber de partir de la constatación de que tenemos una economía en la cual coexisten realidades heterogéneas y complejas. El plantear formulas únicas en este escenario, nos ha llevado a peligrosas generalizaciones y discusiones sin fin. Un claro ejemplo es el proyecto de la Ley General de Trabajo, que se viene discutiendo desde el año 2001, el mismo que sólo abarca al sector de trabajadores de las medianas y grandes empresas.

El siguiente cuadro nos permitirá visualizar los diversos segmentos de trabajadores dentro del mercado laboral, cada uno con sus propias necesidades.

Perú: Distribución de la PEA ocupada según categoría ocupacional
2014



* Trabajadores familiares no remunerados.
** Del sector privado.
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

interiores imprenta.indb 165 06/06/2017 06:37:46 a.m.

Este mercado laboral heterogéneo nos dice que tenemos el sector privado dentro del cual se encuentran diferentes realidades con sus propios problemas y un sector público con sus propias demandas:

- La mediana y gran empresa –a la que tradicionalmente se le aplicaron las reglas generales de contratación individual y colectiva–, cuyos problemas centrales son las bajas tasas de sindicalización, permanente violación de la Libertad Sindical, utilización fraudulenta de los contratos a plazo fijo, y desnaturalización de la intermediación y tercerización laboral. A ello se añade la aplicación de regímenes laborales especiales en la agroexportación y en el sector de las empresas textiles.
- Las micro empresas (01 a 10 trabajadores) y pequeñas empresas (10 a 100 trabajadores), reguladas por el Decreto Legislativo N° 1086, cuyo problema son las altas tasas de informalidad y con ello de precariedad laboral expresada en beneficios laborales disminuidos con respecto a los derechos reconocidos a los trabajadores del régimen común de la actividad privada.
- Los trabajadores por cuenta propia o conocidos como autónomos, (taxistas, vendedores ambulantes, técnicos individuales), sin protección alguna, cuyos problemas centrales son sus bajos ingresos, baja calificación e inexistente protección social así como de sus familias.
- El sector público que agrupa a trabajadores con diversos regímenes laborales, en donde personal contratado en el régimen de Contrato Administrativo de Servicios debe afrontar la desigualdad de su remuneraciones y condiciones de trabajo con relación a su pares de los regímenes laborales 276, (Ley de Bases de la Carrera Administrativa) y 728, (régimen laboral de la actividad privada aplicada en el Estado). Igualmente el problema de establecer una negociación colectiva que garantice el derecho a negociar incrementos remunerativos, en concordancia con los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional de Trabajo. Todo dentro del marco de la necesidad de instaurar un Estado eficiente, en donde la meritocracia sea el factor para el ingreso y permanencia. Sobre todo diseñado para servir a los intereses de la nación.

El debate transversal en todos ellos se sintetiza en cómo encarar el problema. Por un lado la tesis liberal señala que en el Perú los costos laborales son muy elevados, ahuyentan la inversión, afectan la competitividad, desincentivan la formalización, generan desempleo y por ende corresponde reducir dichos costos. Desde un ángulo distinto la perspectiva ciudadana, señala que las remuneraciones reales en comparación a otros países de la región, son menores. Los bajos niveles de productividad y por ende de competitividad, se deben principalmente a la ausencia de inversión en capital físico, innovaciones, tecnología, capacitación y mejora de la organización de trabajo, por ende corresponde incidir en dichos factores y no en bajar los costos laborales.

VI. LEGITIMAR AL SINDICATO COMO INTERLOCUTOR

Siendo este el escenario la reforma laboral tiene pendiente la recuperación de la capacidad adquisitiva de los salarios y adecuar el sistema de normas al marco

interiores imprenta.indb 166 06/06/2017 06:37:46 a.m.

de los estándares de trabajo decente propugnados por la OIT. Para ello se han experimentado diversas fórmulas desde mecanismos como el dialogo social en el Consejo Nacional de Trabajo, hasta proyectos legislativos en el Parlamento y normas reglamentarias en el Ejecutivo. El fracaso ha sido evidente, pues la debatida "Ley General de Trabajo", ejemplo paradigmático, no ha logrado aprobación desde que fuera propuesta en el año 2001.

El origen del fracaso tiene que ver con la falta de legitimidad de los interlocutores encargados de discutir las propuestas. Una reforma verdadera no podrá llevarse a cabo sin la participación de los trabajadores debidamente representados. Las relaciones laborales son un subsistema integrante del sistema social, por ende no escapa a los rasgos centrales de nuestra sociedad. La desintegración de las organizaciones sociales a consecuencia de la violencia política de los ochenta se manifestó en las relaciones de trabajo, los sindicatos perdieron años de experiencia organizativa, dejaron de lado el debate sobre la autoreforma sindical, y sobre todo cedieron su derecho a participar programáticamente en la vida del país. Una consecuencia de ello es la disminuida capacidad de negociación de sus dirigentes en las instancias de diálogo.

Por ello de la mano con el debate sobre recuperar la negoción colectiva, revisar las diversas modalidades de intermediación de la mano de obra y eliminar los regímenes laborales especiales, urge recuperar el poder negociación del sindicalismo, para lo cual se necesita retornar al debate sobre la autoreforma sindical[6], cuya finalidad es la recuperación de la negociación colectiva por rama de actividad, incorporación de trabajadores autónomos, y además una reformulación de formas de afiliación, gestión interna, y mecanismos de representación de nuevos trabajadores. Esta reinstitucionalización y legitimación, de hecho puede llevar a reposicionar al sindicalismo y lograr mejores resultados en la lucha por distribuir lo producido, pero no será suficiente.

Junto al fortalecimiento del poder de la negociación, los trabajadores organizados deben ingresar al debate sobre el tipo de país que queremos. Evaluar si él modelo primario exportador, es sostenible a largo plazo, y permite mejorar la capacidad adquisitiva y condiciones de vida. Poner en primer plano el tipo de industrialización que requiere el país. Abrir la discusión sobre recuperación del mercado interno y el papel que juega en ella la pequeña y mediana industria. En fin se necesita ubicar a los trabajadores y al sindicalismo en posición de ofrecer un proyecto de largo plazo al país.

VII. REFORMAS URGENTES

Una Ley General de Trabajo será importante en la medida que atienda un conjunto mínimo de derechos para los trabajadores independientes, recoja propuestas de modificación de la Ley de Tercerización, derogación de la parte laboral de los regímenes laborales especiales que otorgan derechos laborales disminuidos y recupere la negociación colectiva por rama de actividad. En tanto no aborde dichos

interiores imprenta.indb 167 06/06/2017 06:37:46 a.m.

problemas, servirá sólo para consolidar el sistema de relaciones laborales heredado de la reforma liberal de los noventa.

Más allá de dicha discusión, de la heterogénea realidad laboral del mercado laboral peruano se deducen tareas urgentes que el Estado y los actores sociales deben dar respuesta:

VIII. EN EL SECTOR DE LAS GRANDES Y MEDIANAS EMPRESAS

Urge trabajar mecanismos de inspección para que a través de la Superintendencia Nacional de Inspección Laboral (SUNAFIL), se evite el uso fraudulento de los contratos a plazo determinado. Para ello se requiere dotar de un número de inspectores de trabajo en todas las regiones que fiscalicen el eficaz cumplimiento de las normas laborales.

En el plano legal, la Ley de Tercerización Ley 29245 y su reglamento el Decreto Supremo Nº 006-2008-TR, permiten descentralizar actividades principales distintivas de una empresa, lo que desnaturaliza la esencia de esta modalidad de gestión empresarial que a nivel internacional solo permite tercerizar actividades secundarias. Urge una mejor regulación para evitar su uso indiscriminado en sectores claves de la economía.

En el sector de las industrias textiles, el uso de la Ley de Exportación No Tradicional, Ley Nº 22342 vigente desde el año 1978, mantiene intacta la permisibilidad de contratar a plazo fijo sin límite en el tiempo y utilizar su vencimiento para terminar el vínculo. El uso y abuso de estos contratos impide la sindicalización afectando el derecho a la Libertad Sindical. Es apremiante su derogación.

El problema es similar en el sector de trabajadores y trabajadoras de la agroexportación, regidos por la Ley de Promoción Agraria, Ley 27360. En dicho régimen la remuneración incluye compensación por tiempo de servicios (CTS) y dos gratificaciones al año, otorga quince días de descanso anual y la indemnización por despido es sólo la tercera parte de lo establecido en el régimen común. Además el aporte al seguro social en salud es del 4% de la remuneración, a comparación del 9% que debe aportar el empleador en el régimen 728. La desigualdad respecto del régimen 728 es evidente y no existe razón objetiva que la justifique.

IX. EN EL SECTOR DE LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

En la microempresa (01 a 10 trabajadores) y en el sector de las pequeñas empresas (10 a 100 trabajadores), el Decreto Legislativo 1086, otorga menores derechos en relación al régimen laboral común de la actividad privada. Esta Ley se dio bajo la premisa de que la reducción de costos laborales contribuye a la formalización. Estadísticas recientes han demostrado que abaratar los costos de mano, o dicho en otros términos, rebajar los beneficios laborales no ha disminuido la informalidad laboral en este sector.

interiores imprenta.indb 168 06/06/2017 06:37:46 a.m.

Derechos Laborales	Régimen Común	Decreto Legislativo Nº 1086	
		Micro Empresa	Pequeña Empresa
Remuneraciones	RMV	RMV	RMV
Vacaciones	30 días por año	15 días por año	15 días por año
CTS	1 remuneración por año de servicio.	-----	15 remuneraciones diarias por año
Gratificaciones	1 remuneración en Julio y Diciembre	-----	½ remuneración en Julio y Diciembre.
Utilidades	Si tienen derecho	-----	Si tienen derecho
Indemnización por Despido	1 ½ sueldo por año de servicios	10 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios.	20 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios
Régimen Pensionario	SNP o SPP 100% a cargo del trabajador	Sistema de Pensiones Sociales.	SNP o SPP 100% a cargo del trabajador
Seguro Social	A cargo del empleador	Subsidiado parcialmente	A cargo del empleador.

Investigaciones como las de Fernando Cuadros Luque en "Situación del mercado de trabajo y costos laborales en el Perú"[7] demuestran que la reducción indiscriminada de beneficios sociales no es el mejor instrumento para lograr la formalización laboral de las empresas de menor tamaño. Se necesita el desarrollo de políticas que promuevan su productividad, traducidas en mecanismos que faciliten su acceso al financiamiento, capacitación, innovaciones, nuevas tecnologías, asistencia técnica, nuevos mercados, simplificación administrativa.

X. LOS TRABAJADORES AUTO EMPLEADOS

Aquí la realidad es distinta, pues se trata de trabajadores que no están sujetos a un contrato de trabajo tradicional. No tienen una Ley que regule su labor, lo que a su vez genera que no gocen de los derechos a seguridad social (pensiones y salud), no tengan ninguna fórmula de protección de sus retribuciones, y sobre la base de la negación de estos derechos no gozan de derechos colectivos.

Si tenemos en cuenta que su porcentaje dentro de la Población Económicamente Activa representa más de cinco millones y medio de personas, es decir el 35% de

interiores imprenta.indb 169 06/06/2017 06:37:46 a.m.

la PEA, coincidiremos en la trascendencia de sus demandas, por el impacto que representa para la economía del país.

XI. EN EL SECTOR PÚBLICO

A pesar de que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales, los artículos de las leyes de Presupuesto y los artículos de la Ley de Servicio Civil que impiden negociar incrementos remunerativos, las leyes de presupuesto para los años 2015 y 2016 han persistido en estas normas. Urge que se apruebe en el Parlamento la Ley que regule el procedimiento para lograr una negociación colectiva que se adecúe a los Convenios Internacionales 87 y 98 de la OIT.

También está pendiente culminar con el proceso de establecer un sistema único de carrera pública sin desigualdades, en donde se elimine la discriminación de los trabajadores contratados bajo régimen de contrato administrativo de servicios con relación a sus pares de los regímenes 728 y 276.

Y como lo han expresado investigadores como Efraín Gonzales de Olarte[8], la reforma del servicio civil, es una parte de la reforma administrativa y esta a su vez componente de la reforma del Estado, sin embargo se ha sobredimensionado su importancia obviando que la reforma administrativa sin participación ni capacitación de los trabajadores, con ausencia de mejora en procesos de gestión, y sin inversión en tecnologías de la información, corre el grave riesgo de no lograr sus fines.

Lima, 10 de Octubre de 2016.

interiores imprenta.indb 170 06/06/2017 06:37:46 a.m.

EL SINDICALISMO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ARGENTINA. FRAGMENTACIÓN DEL COLECTIVO LABORAL Y REPRESENTACIÓN UNIFICADA EN LA EMPRESA

Jorge Luis Elizondo[1]
(Argentina)

El sindicalismo en la Argentina se caracteriza por su notable extensión, ya que prácticamente no existe actividad en la que no se registre la presencia de un sindicato; y también por el alto nivel de afiliación a las organizaciones gremiales.

Desde el Decreto 23.852/44 hasta la actual Ley 23.551 rige la unicidad sindical promovida, conocida como el "modelo sindical argentino", basado en la convivencia de organizaciones simplemente inscriptas y organizaciones con personería gremial, que el Estado otorga a las entidades más representativas.

Hay un poder sindical reconocido por el Estado, que se caracteriza por una fuerte implantación en los lugares de

(1) Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Presidente de la Asociación de Abogados Laboralistas de Rosario.

interiores imprenta.indb 171 06/06/2017 06:37:46 a.m.

trabajo, ya que los cuerpos de delegados y comisiones internas están integradas por afiliados de los sindicatos. Este poder se halla reforzado por el hecho de que pueden manejar las obras sociales, parte fundamental de la seguridad social.

Hay quienes han destacado la superioridad del modelo sindical argentino por su fortaleza, concentración, su inserción en casi todas las actividades, su capacidad de movilización respecto a otros países de nuestra América Latina en los que no existe prácticamente la presencia del sindicato en los lugares de trabajo.

No obstante, cabe destacar que en los últimos doce años –a partir del gobierno de Néstor Kirchner (2003) y en forma ininterrumpida durante los mandatos de Cristina Fernández– se produce un impulso inédito de la negociación colectiva en nuestro país, que se generaliza casi a todas las ramas de la economía, con un piso salarial más elevado. Se firman gran cantidad de acuerdos y convenios que tienden a renovarse en forma periódica, generalmente en el año, y referidos casi exclusivamente a los aspectos salariales. En la mayoría de los casos este incremento de la negociación colectiva se limita a los salarios, y no se extiende al mejoramiento de las condiciones de trabajo, tales como la salud y seguridad, la jornada de trabajo, la incorporación de nueva tecnología, la situación económico-financiera de las empresas y el derecho a la información de los trabajadores, a excepción de la participación en las ganancias en algunos acuerdos.

Debe destacarse que la mayor parte de los avances en los derechos de los trabajadores: paritarias anuales, aumentos del salario mínimo vital y móvil, seguridad social, modificaciones de la LCT, han sido el resultado de la política implementada por el gobierno nacional.

I. PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA. NECESIDAD DE TUTELAR SUJETOS NO INCLUIDOS EN LA LEY 23.551

Es necesario distinguir entre la **libertad sindical externa** –que se afirma en la negociación colectiva y la concentración sindical– y **la libertad sindical interna**, que se expresa en la democracia y participación sindical.

Los puntos más débiles del modelo sindical argentino se encuentran en este último aspecto; y para corregirlo deben instrumentarse mecanismos legales para garantizar y fomentar la libertad y la democracia sindical.

Cabe señalar que el principio de unicidad promovida tampoco es de carácter absoluto. En el ámbito del Estado, en virtud de la Ley 24.185 y la Resolución Nº 255/03 MTSS, existe una pluralidad de representación a través de la convivencia entre diversos sindicatos, lo que determina la convivencia entre dos regímenes diferentes: la unicidad promovida en el ámbito privado y el pluralismo en el estatal.

Podríamos afirmar que no es el "modelo sindical argentino" –en cuanto al principio de unidad de representación– el que cuestionamos; sino la escasa participación democrática de los trabajadores en la vida de las organizaciones y que

interiores imprenta.indb 172 06/06/2017 06:37:46 a.m.

éstas no tengan una mayor presencia en la vida interna de las fábricas y demás lugares de trabajo.

Este déficit de libertad sindical interna es lo que ha permitido que muchas empresas puedan despedir a trabajadores por el hecho de desarrollar actividades sindicales sin hallarse insertos en la estructura legal de la organización gremial. Tales situaciones han motivado numerosas acciones judiciales que han dado lugar a fallos antidiscriminatorios de la justicia argentina, que reconocen el derecho a la readmisión de trabajadores despedidos en virtud de su militancia gremial.

Hay un reconocimiento judicial de nuevos sujetos que no están contemplados expresamente en la Ley 23.551 como titulares de derechos y con la debida protección frente a los empleadores.

La Ley 23.551 sólo protege con la estabilidad absoluta a los que desempeñan cargos electivos en las organizaciones sindicales con personería gremial y a los delegados desde su postulación y hasta el término de su mandato más un año de garantía.

No contempla la protección de otros trabajadores que también deberían ser sujetos de tutela gremial, por cuanto ejercen los derechos relativos a la libertad sindical:

1. El activista sindical, desde el colaborador del delegado hasta el miembro de una agrupación sindical, se hallan en una situación de riesgo permanente de perder su empleo.
2. El trabajador que ejerce el derecho constitucional de huelga, sea convocada o no por un sindicato con personería gremial, debe estar protegido contra el despido.
3. Los que están participando activamente en la conformación de nuevos sindicatos, comisiones internas, comisiones mixtas de salud y seguridad en el trabajo o cualquier otro tipo de organismo de representación de los trabajadores, también deberían estar cubiertos por la tutela gremial.
4. Los apoderados y fiscales de listas, e integrantes de todo el cuerpo electoral durante la realización de los actos electorales de renovación de comisiones directivas y cuerpos deliberativos de los sindicatos.

Estas lagunas de la Ley de Asociaciones Sindicales son cubiertas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de otros tribunales del país, que utilizan las herramientas jurídicas de la Constitución, de los pactos internaciones de Derechos Humanos, PIDESC, Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, y Convenios de la OIT, que de acuerdo al art. 5 de la Convención de los Tratados de Viena, son tratados.

interiores imprenta.indb 173 06/06/2017 06:37:46 a.m.

II. LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El Derecho Colectivo de Trabajo requiere como condición básica de su existencia y desarrollo, de la Libertad Sindical: concepto que se halla reconocido en la Constitución Nacional y de modo expreso en los pactos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.). Entendemos por libertad sindical – siguiendo a Justo López- el conjunto de poderes individuales y colectivos que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración, gobierno y acción externa (actividad sindical) de las asociaciones.

La libertad sindical no sólo implica el derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sindicales libres y democráticas, sino la posibilidad de recurrir a la negociación colectiva y ejercer el derecho de huelga. Una parte de los juslaboralistas integran la libertad sindical dentro de un concepto más amplio que es el de la autonomía colectiva, que –al decir de Rodríguez Mancini– es *"comprensiva de aspectos más particulares relativos a la negociación colectiva y a la vez más genéricos en cuanto alcanzan también simétricamente a los derechos de los empleadores y sus organizaciones"* [(2)] Esta opinión supone un condicionamiento de la acción sindical, cuya existencia se justificaría sólo en el marco de la autonomía colectiva.

El desarrollo de la autonomía colectiva tiene para nosotros un carácter ambivalente:

Por una parte refleja el papel y la importancia de organizaciones sindicales fuertes en un derecho colectivo desarrollado sobre la base de la autorregulación a través de la negociación colectiva. Se basa en el reconocimiento recíproco de los sujetos colectivos, en la negociación colectiva dinámica, en la cual lo central es el procedimiento.

En sistemas como el de nuestro país, caracterizado por una importante presencia del Estado (a través de las leyes, decretos, reglamentos, etc), por el predominio de las cláusulas normativas en los convenios colectivos, por la ultractividad de dichas cláusulas, que han hecho posible la supervivencia de gran parte de los convenios colectivos de actividad discutidos y aprobados en 1975, el papel creciente de la autonomía colectiva tiende a la ruptura o debilitamiento del orden público laboral, a través de la disponibilidad colectiva de los derechos de los trabajadores ejercida por la organización sindical con personería gremial.

II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR EMPRESA

En nuestro país, la negociación colectiva se estructuró fundamentalmente a nivel de rama de actividad.

(2) Rodríguez Mancini, "Derecho Colectivo del Trabajo", Ed. La Ley, p. 40.

interiores imprenta.indb 174 06/06/2017 06:37:46 a.m.

Existe una razón histórica que no es posible soslayar; por cuanto en el proceso de industrialización, los sindicatos orientados por los socialistas y comunistas tuvieron como objeto unificar las reivindicaciones de los trabajadores, generalmente traducidas en un proyecto de convenio colectivo general que constituía el horizonte de sus luchas. De esta forma se fueron superando las limitaciones de los primeros sindicatos de oficio. Un proceso similar se desarrolló en casi todos los países europeos, al influjo de la acción desarrollada por los sindicatos confederales en la última posguerra (Italia y Francia).

La evolución histórica en el resto de los países de América Latina fue totalmente diferente a la del movimiento obrero argentino: la negociación colectiva se desarrolló a nivel de empresa, por el carácter de enclaves económicos de la mayor parte de las empresas –extranjeras en su mayor parte– en las que se fue construyendo la organización sindical. De ello se desprende que la negociación colectiva se haya llevado a cabo principalmente en el ámbito de la unidad de producción y no por actividad.

En nuestro país, la Ley 14.250 de 1953 reflejó la primacía del convenio de actividad, como resultado del proceso histórico más arriba mencionado.

A partir de los 90, cambió fundamentalmente la estructura convencional, ya que la negociación colectiva se desarrolla fundamentalmente por empresa, y se caracteriza por la amplia disponibilidad colectiva de derechos fundamentales de los trabajadores.

Es así como se impone la flexibilización laboral, exigencia de las empresas para incrementar los niveles de explotación, adaptando a los trabajadores a las nuevas formas de organización del trabajo, caracterizadas por los cambios y alargamiento de la jornada, la polivalencia funcional, el fraccionamiento de las vacaciones y nuevas modalidades de las remuneraciones. La negociación colectiva no fue más que una forma de legitimación de este proceso de deterioro de las condiciones de trabajo. La actitud de los sindicatos fue diversa: algunos aceptaron abiertamente los nuevos contenidos de la negociación colectiva; otros adoptaron una posición defensiva, tratando de no abrir ningún proceso de negociación colectiva, con el objeto de mantener –a través de la ultraactividad– las cláusulas normativas de los convenios de 1975 y 1988. El contexto socio-económico creado por la ola de privatizaciones, apertura indiscriminada de las importaciones, quiebras de empresas, despidos masivos, crecimiento inusitado de la desocupación; condiciona esta etapa.

El auge de los convenios de empresa negociados por las cúpulas sindicales con los grupos económicos (sin la debida participación de los representantes directos de los trabajadores afectados) trajo como consecuencia una mayor flexibilización y el empeoramiento de las condiciones de trabajo.

A fin de dar cierta participación a los trabajadores de la empresa, la Ley 25877 (2004) reforma el art. 22 de la Ley 14.250, estableciendo que: *"la representación de los trabajadores estará a cargo del sindicato cuya personería gremial los comprenda*

interiores imprenta.indb 175 06/06/2017 06:37:46 a.m.

y se integrará también con delegados del personal en un número que no exceda la representación establecida en el art. 45 de la Ley 23.551, hasta un máximo de CUATRO (4) cualquiera sea el número de trabajadores que se desempeñen".

Se mantiene el criterio de que deben negociar las cúpulas sindicales nacionales –aún a nivel de empresa– con una representación minoritaria de los trabajadores de la misma, que nunca podrá superar un máximo de cuatro, cualquiera sea el número de trabajadores que se desempeñen.

Al limitar el número de representantes a cuatro (4), independientemente del número de trabajadores a representar (pensemos en empresas de más de tres mil trabajadores), se lesiona el derecho a la negociación colectiva.

La negociación colectiva, ya fuere por actividad como por empresa, constituye un instrumento de las organizaciones sindicales para combatir los fenómenos de individualización de las relaciones de trabajo, la precarización del empleo y la regresividad en la distribución del ingreso, que se generalizaron en la Argentina y en el resto del mundo a partir de los 90. Para que este instrumento no sea desvirtuado por las conducciones nacionales de las federaciones y uniones –como ocurriera en la década del 90–, desmontando los contenidos protectorios todavía existentes en muchos convenios de actividad, en una nueva vuelta de tuerca de la flexibilización y polifuncionalidad que pretenden imponer las empresas, la participación de los representantes directos de los trabajadores en las comisiones paritarias se torna indispensable.

Es por ello que sostenemos que en la negociación colectiva por empresa debe garantizarse a los trabajadores de base el derecho a designar sus representantes en la unidad de negociación colectiva, en el número que ellos mismos establezcan, con la posibilidad de revocatoria de los mandatos.

III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos *Aquino, Milone, Madorrán*) han actualizado el debate jurídico acerca de los principios de progresividad y prohibición de regresividad de las normas laborales. Estos principios se remontan al contenido del art. 14 bis de la Constitución Nacional, cuyo mandato insta a promover la justicia social.

El hecho de que la dictadura truncara en 1976 este desarrollo progresivo, tendencia acentuada a partir de los 90, no implica que estos principios hayan dejado de existir. Por el contrario, con la reforma de 1994, la Constitución Nacional reconoce expresamente como pactos con jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75 inc, 22). De esta forma, incorpora la obligación de progresividad en materia de derechos sociales.

Cabe mencionar, entre otros, al art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 26 de la Convención Americana de

interiores imprenta.indb 176 06/06/2017 06:37:46 a.m.

Derechos Humanos, como al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1), que receptan expresamente la obligación de los Estados de promover el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

Siendo la negociación colectiva una fuente productora de normas jurídicas, el Estado argentino no puede legitimar a través de sus órganos administrativos o judiciales la existencia de disposiciones regresivas en los convenios colectivos que afecten los derechos de los trabajadores. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Madorrán* ha resuelto que la posibilidad de despedir el personal de la Administración Nacional de Aduanas mediante el pago de una indemnización, que surge del convenio colectivo de trabajo 56/92, aprobado por laudo 16/92, viola el derecho a la estabilidad del empleado público (art. 14 bis de la C.N.) y los principios de los tratados internacionales de derechos humanos.

Existe una gran cantidad de convenios y acuerdos colectivos que afectan el derecho a la jornada limitada de trabajo, permitiendo la posibilidad de alargarla y de que la limitación de las ocho horas sólo se refiera al promedio de las horas trabajadas durante uno o varios meses; que limitan el derecho a las vacaciones, permitiendo su fraccionamiento; que determinan la polifuncionalidad, que genera graves problemas de salud a los trabajadores. Tales normas –comparadas con la legislación vigente y con los convenios que reemplazan– son menos favorables para los trabajadores, por lo que no resisten el test de no regresividad en materia de derechos sociales establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En síntesis, consideramos que el inc a) del art. 24 de la Ley 14.250: *"Un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio colectivo anterior de igual ámbito",* debe ser interpretado conforme al art. 14 bis, a los pactos internacionales mencionados y a la doctrina de la Corte. El convenio posterior puede modificar al anterior siempre que no contenga normas que impliquen un retroceso en el marco de protección a los derechos de los trabajadores.

El Ministerio de Trabajo de la Nación debe abstenerse de homologar convenios o modificaciones convencionales que violen el principio de progresividad, ya que el art. 2.1 del PIDESC determina que los Estados deben comprometerse a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, lo que implica que –al menos– no legitime disposiciones regresivas.

Aún cuando existiere tal homologación, los jueces laborales no deben aplicar normas convencionales que se hallaren en contradicción con los principios de progresividad y de no regresividad de los derechos sociales, y que por ello deben ser declaradas nulas e inconstitucionales.

interiores imprenta.indb 177 06/06/2017 06:37:46 a.m.

IV. LOS NUEVOS PROYECTOS DE FLEXIBILIZACIÓN

La reestructuración de la economía emprendida por el gobierno actual tiene condiciones necesarias para restablecer o reforzar el dominio político, social y cultural del capitalismo financiero: "achicar el Estado para agrandar la Nación"; "volver a los mercados" (y a los organismos de crédito internacionales como el FMI y el Banco Mundial).

El Derecho del Trabajo argentino es –a juicio de estos representantes del capital transnacional– excesivamente rígido en la regulación de las relaciones laborales, lo que impide que las mismas se desenvuelvan conforme al libre juego de las leyes del mercado. La reducción de los salarios de los trabajadores argentinos –que consideran demasiado altos–, el aumento de la plusvalía absoluta y el incremento de la tasa de ganancia son los objetivos principales del gobierno actual.

Es por ello que existe un proyecto de flexibilización laboral que está destinado a fomentar una mayor precarización del empleo. Se trata en realidad de un proyecto de reflexibilización, por cuanto se aplicaría a una fuerza de trabajo que ya se encuentra en gran medida flexibilizada desde los 90.

En efecto, en nuestro país existe el despido sin causa , y la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT es insuficiente no sólo para reparar el daño causado, sino para permitir la subsistencia del trabajador y su familia durante un cada vez más prolongado tiempo de desempleo.

La jornada de trabajo se ha alargado a través de los llamados "turnos americanos" de doce horas en la industria automotriz, de la generalización de los turnos rotativos, por lo que el tiempo de descanso diario y semanal se ve disminuido.

La pregunta que debemos formularnos es: ¿qué es lo que quieren flexibilizar que ya no se encuentre flexibilizado?

Es evidente que la nueva flexibilización apunta a otros objetivos que superan los fijados por los grupos económicos y los organismos multilaterales de crédito (FMI, Banco Mundial, etc.) en la década del 90:

La supresión de la indemnización por despido, que se pretende reemplazar con un fondo de desempleo similar al régimen de los trabajadores de la construcción, vigente desde 1967. Se trata de un objetivo de máxima de los sectores más concentrados y conservadores del capital nacional y trasnacional. La magnitud del despojo de derechos y de la derrota política y simbólica de los trabajadores que supondría semejante retroceso a la década del 30 (la primera ley que estableció la indemnización por despido sin causa fue la Ley 11.729 de 1934) puede medirse por el hecho de que suprimiría la indemnización por despido arbitrario, cuando en virtud del Convenio 158 de la OIT nuestro país debería haber reconocido la estabilidad propia.

interiores imprenta.indb 178 06/06/2017 06:37:46 a.m.

La sustitución de los convenios de actividad por los convenios de empresa o sectoriales, apuntando gradualmente al reemplazo de los convenios colectivos de trabajo por los acuerdos individuales de la empresa con los trabajadores. También se persigue la supresión de la ultraactividad de los convenios colectivos, y la no aplicación de los existentes sobre el personal nuevo.

La generalización de los contratos temporarios que irían sustituyendo al personal con estabilidad relativa por personal nuevo sin ningún tipo de estabilidad. En condiciones de aumento de la legión de desocupados, ésta presionaría en un sentido favorable a la reducción salarial y al acceso a nuevos empleos con contratos basura. Ello sería presentado a la sociedad como un avance frente al trabajo no registrado. Las empresas accederían a blanquear a sus trabajadores en las nuevas condiciones degradadas de ocupación ("primer empleo", por ejemplo).

Otro objetivo del actual gobierno es eliminar la periodicidad anual de las paritarias. El poder ejecutivo no convocará más a las partes de los convenios colectivos para negociar un aumento salarial; sino que ello dependerá de la voluntad de las partes o de la capacidad de lucha de los trabajadores. El gobierno no intervendrá en el conflicto para favorecer a los trabajadores, sino que en el mejor de los casos mantendrá una aparente neutralidad. Tal conducta es la planteada en el reciente artículo del diario "La Nación", cuando se plantea la eliminación de la necesidad de homologación de los convenios por parte del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, los acuerdos firmados por los sindicatos con las patronales tendrán el mismo valor que los convenios homologados; y de esta forma se irá desmontando el esquema tradicional de nuestra negociación colectiva, basada en los convenios de actividad.

Una buena parte de las direcciones sindicales han venido aceptando los convenios de empresa desde los 90, e incluso acuerdos sectoriales *in peius* para los trabajadores, los que fueron homologados por el Ministerio de Trabajo. El objetivo de la "reforma" es fomentar estas prácticas mediante la firma de acuerdos simples, obviando el requisito de la homologación.

Descentralización y fragmentación del colectivo laboral. Necesidad de reconocimiento de organismos de coordinación. Ciudadanía en la empresa. Tutela eficaz de los derechos sindicales:

En el marco del capitalismo actual, debe garantizarse a los trabajadores el derecho a adoptar las formas de organización que crean convenientes para el logro de sus objetivos.

Se trata de *"hacer frente al feudalismo industrial, visiblemente anticuado y en escasa relación con el entorno democrático, y sin embargo reconvertido y remozado en el feudalismo virtual de que nos habla Mercader Uguina, gracias a las tecnologías de la información y la comunicación"*[3]

(3) Ojeda Avilés, Antonio, *Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa,* Revista de Derecho Social Nº 35, Editorial Bomarzo, Albacete, España, 2007, p. 12/13

interiores imprenta.indb 179 06/06/2017 06:37:46 a.m.

En el plano del Derecho Colectivo, la fragmentación productiva se refleja en la pertenencia de los trabajadores a sindicatos diferentes, sin que exista un órgano o comité de empresa que unifique la representación de los mismos.

El Derecho Colectivo de nuestro país perpetúa la división de los trabajadores en diferentes sindicatos de categoría dentro de una misma empresa o grupo económico y dentro de una misma rama de la producción, contribuyendo al debilitamiento del colectivo laboral de la empresa, que permanece desmembrado.

El Derecho Sindical argentino no reconoce la legitimidad de la coordinación de las comisiones internas o cuerpos de delegados dentro de un mismo grupo económico. Es así como mientras el grupo económico centraliza su poder de decisión y organización, los trabajadores enfrentan desunidos, fragmentados en distintos sindicatos las decisiones del grupo económico que pueda afectar sus salarios, las condiciones o la existencia misma de los puestos de trabajo. Cuando se producen los conflictos colectivos, el organismo laboral convoca a las conducciones nacionales o regionales de los sindi catos, por lo general con exclusión de toda otra forma de organización de los trabajadores dentro de la empresa.

La discriminación que padecen miles de trabajadores, en su mayoría jóvenes, que ingresan a la producción a través de diversas formas de subcontratación o tercerización, constituyen modalidades de una estrategia flexibilizadora que se define a escala mundial; y sólo puede ser combatida mediante el reconocimiento del derecho a una representación unitaria a nivel del grupo económico, que necesariamente integre y/o coordine a los representantes de las diversas unidades empresarias, independientemente del carácter asignado por el grupo económico.

En la Argentina, el art. 47 de la Ley 23.551 garantiza el derecho de todo trabajador o asociación que fuere impedido u obstaculizado en "el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la ley"; que podrá recabar el amparo de estos derechos ante la Justicia del Trabajo mediante el procedimiento sumarísimo, a fin de hacer cesar la conducta discriminatoria del empleador.

La norma no discrimina entre afiliados o no afiliados, entre asociaciones con personería gremial o simplemente inscriptas. Todos los dependientes y sindicatos se encuentran habilitados para demandar judicialmente contra cualquier acto que impida el ejercicio de un derecho sindical.

No obstante, el procedimiento sumarísimo carece de la celeridad suficiente que podría erigir a este instituto en una valla contra la discriminación en el lugar de trabajo.

Creemos que el *Statuto dei Lavoratori*, sancionado por la Ley Nº 300 de 1970 constituye un modelo eficaz de tutela efectiva de los derechos de los trabajadores, ya reconoce a los trabajadores dentro de los muros de la empresa los mismos derechos que tiene como ciudadano fuera de los mismos: el derecho a la asamblea, a organizar referéndums y la prohibición de todo tipo de discriminación en perjuicio

interiores imprenta.indb 180 06/06/2017 06:37:46 a.m.

del activismo sindical. El art. 28 de la Ley 300 establece un proceso urgente de defensa contra los atentados al ejercicio de la libertad y la actividad sindical y reprime toda conducta antisindical que lesione el interés individual y colectivo de los trabajadores. Se reconoce el conflicto como elemento fisiológico de la sociedad capitalista; y se lo reconoce como derecho atribuido a cada trabajador pero gestionado colectivamente por el sindicato.(4)

El derecho de huelga y las garantías de su ejercicio constituye uno de sus pilares del derecho de ciudadanía de los trabajadores dentro de la empresa. Por lo tanto, no puede ser concebido como un derecho corporativo ejercido en forma arbitraria por las cúpulas de organizaciones con personería gremial, generalmente contra "el gobierno" y casi nunca contra las empresas transnacionales.

Este derecho debe ser ejercido por aquéllos que más sufren la discriminación, las desigualdades, las más diversas formas de opresión en la sociedad capitalista actual: los subocupados, los precarizados, los temporarios, los pasantes, ya fuere a través de los sindicatos –cuando éstos asumen su defensa– o de las organizaciones que ellos mismos construyan en forma libre y democrática, sin que ello implique la pérdida inevitable de sus empleos.

Y debemos recordar que la huelga como derecho trasciende los límites del Derecho Laboral –en el cuál pretenden sepultarlo los neo-corporativistas–, insertándose en el marco del Derecho Constitucional y de los derechos humanos fundamentales.

Se ha dicho en opinión que compartimos que *"uno de los problemas más graves del derecho constitucional contemporáneo es el problema de la defensa de los derechos de la libertad no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los poderes que siguen llamándose privados. Una constitución que haya resuelto el primer problema y no el segundo no puede considerarse una constitución democrática. En realidad, las constituciones de los actuales Estados democráticos nacieron de una lucha secular contra el Estado, es decir contra quienes, habiendo conquistado el más alto poder sobre los hombres, eran los únicos en condiciones de abusar de él. Las constituciones son el resultado de una conquista lenta y gradual de libertades aisladas, es decir de esferas cada vez más amplias de acción, en las que el ciudadano puede determinar su conducta sin seguir otra norma que la dictada por su conciencia. Representan, en una palabra, la garantía del ciudadano contra el abuso del poder por parte del Estado... Ahora bien, el establecimiento de las libertades civiles sería letra muerta y el fin principal al que tienden las garantías constitucionales quedaría excluido si las libertades del ciudadano, defendidas contra los órganos del Estado, no estuvieran igualmente defendidas y protegidas contra el poder de los particulares. Uno de los signos distintivos de la actual sociedad capitalista es la concentración de grandes poderes en manos de instituciones*

(4) B. Veneziani, El Derecho del Trabajo en Italia como tradición y renovación, en Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. 1997. pág. 566/567.

interiores imprenta.indb 181 06/06/2017 06:37:46 a.m.

privadas. Nos damos cuenta de que estos poderes son tan grandes como para suspender o menoscabar e incluso hacer vanas algunas libertades fundamentales que hasta ahora parecían amenazadas sólo por los órganos del poder estatal..." "Constitución democrática es la que no sólo establece las libertades civiles sino que crea los órganos y las leyes adecuados para que estas libertades resulten efectivas y estén salvaguardadas contra todos y que allá donde los diques alzados contra los abusos de poder se rompen o amenazan con romperse, es capaz de correr a remediarlo alzando nuevos diques. Existen en nuestra constitución los supuestos para afrontar el peligro. Pero para que el peligro sea afrontado son menester tres cosas: conciencia de que el peligro existe, examen igualmente concreto de los remedios, voluntad concorde de vivir en una sociedad democrática"[(5)].

El derecho a la ciudadanía en la empresa no es más que la reivindicación de la libertad de los trabajadores y la condena de toda discriminación política o sindical dentro de los lugares de trabajo; los derechos a la asamblea y la huelga los principales instrumentos de autotutela de este derecho y los medios urgentes de tutela eficaz deben ser creados o perfeccionados por el Estado Social de Derecho a los fines de remover los obstáculos que impiden el libre desarrollo de la una sociedad basada en la justicia social.

(5) Bobbio, Norberto. *Autobiografía.* Ed. Taurus. Madrid. 1998.

interiores imprenta.indb 182 06/06/2017 06:37:46 a.m.

LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

Francisco Javier Romero Montes[1]
(Perú)

SUMARIO: I. Problema. II. Derechos colectivos en la ley del servicio civil. III. Limitaciones y restricciones al derecho colectivo del trabajo. IV. Análisis y discusión del tema. V. Libertad sindical. VI. Negociación colectiva. VII. Señalamiento de los problemas. VIII. Aspecto constitucional. IX. Los convenios de la OIT y la Ley 30057. X. A manera de conclusión.

I. PROBLEMA

La Ley 30057, Ley del Servicio Civil, tiene por objeto establecer un régimen único y exclusivo para los trabajadores que prestan servicios en las entidades públicas del Estado del Perú, con la finalidad de que el servicio tenga mayores niveles de eficacia y se presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran. En otras palabras, la ley señala como sus fines: a) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad mediante el adecuado servicio en favor de toda la población; b) promover el desarrollo y dignidad de las personas que prestan el servicio civil, todo lo cual es coincidente con lo señalado en el primer párrafo del artículo

(1) Profesor Principal de Pre y Post-Grado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

interiores imprenta.indb 183 06/06/2017 06:37:47 a.m.

primero de la Constitución, que proclama que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la persona humana.

El contenido orgánico de la citada Ley comprende un Título Preliminar que regula el objeto, la finalidad y los principios de la norma. Luego viene el Título I, referido a las Disposiciones Generales; el Titulo II, legisla sobre la Organización del Servicio Civil; el Titulo III, tiene que ver con el Régimen del Servicio Civil; el Título IV, fija las reglas para Los Grupos de Servidores Civiles del Servicio Civil; y el Título V, legisla sobre el Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador. La Ley finaliza su texto con las Disposiciones Complementarias.

En esta ocasión, el presente trabajo está dirigido al análisis de los Derechos Colectivos de los servidores civiles, establecidos en el Capítulo VI del Título III concerniente al Régimen del Servicio Civil de la Ley 30057.

Hemos escogido este tema, como ponencia central, por el sin número de limitaciones y restricciones que establece, esta norma, contra la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga, bajo la concepción de que la libertad sindical no es un derecho irresoluto, por cuanto tiene que respetar los límites que plantean otros derechos, tales como las legítimas restricciones presupuestales del Estado y por lo tanto deben ser observadas por quienes administran justicia. Para justificar tales afirmaciones se invocan, erróneamente, como fundamentos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de la República, así como interpretaciones equivocadas del texto constitucional y de los propios Convenios de la OIT.

Nosotros, por nuestra parte, no estamos de acuerdo con las restricciones establecidas por la Ley del Servicio Civil, porque afecta, innecesariamente, la naturaleza de instituciones fundamentales del derecho colectivo. Cualquier otro inconveniente, de ser el caso, se podría haber superado mediante un tratamiento político, sin necesidad de llegar a las prohibiciones que contiene la Ley, y que es materia de este comentario.

II. LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL.

Los temas relativos al Derecho Colectivo de Trabajo se encuentran legislados por los artículos 40° al 45° de la Ley 30057. El primero de los citados artículos está referido al campo de aplicación de la ley, al señalar que en la misma no están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza.

Para los efectos de esta norma, son funcionarios públicos, los elegidos por voto universal tales como el Presidente de la República, Congresistas, Autoridades Regionales, Alcaldes y Regidores. También son funcionarios públicos los designados o de remoción regular, como son, por ejemplo, los magistrados, el fiscal de la nación, el defensor del pueblo; y los requisitos para su acceso, período de vigencia

interiores imprenta.indb 184 06/06/2017 06:37:47 a.m.

o causales de remoción están señalados en una ley. Finalmente, la Ley del Servicio Civil, señala a los funcionarios públicos, que no son elegidos, sino producto de una designación y remoción, como son los Ministros de Estado.

Aparte de los funcionarios públicos la Ley señala a aquellos servidores a los que denomina, Directivos Públicos, que son los que ingresan al servicio por concurso público, tienen como función el organizar y dirigir la toma de decisiones sobre los recursos a su cargo, velan por el logro de los objetivos asignados y supervisan el cumplimiento de las metas de los servidores civiles, bajo su responsabilidad, (art.58).

A estos, se debe añadir, a los servidores de confianza, que son aquellos contratados, cuya vigencia se condiciona a la confianza de quien los designa, y sus condiciones de empleo, el puesto a ocupar y la contraprestación a percibir, se establece en el respectivo contrato.

La exclusión de los derechos colectivos de los funcionarios públicos, directivos públicos, y servidores de confianza, por la Ley, se debe a la necesidad de la existencia de un interlocutor que represente al Estado en sus relaciones con el resto de trabajadores. De esta manera, estos servidores de alta jerarquía constituyen lo que en una orilla se denomina empleador y en la otra, los que se benefician con los derechos colectivos que constituye la parte laboral.

Finalmente, están los servidores civiles de carrera, que ingresan al servicio mediante concurso público de méritos abierto y transversal. Tienen como función realizar actividades directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad pública en el ejercicio de una función administrativa, la prestación de servicios públicos, o la gestión institucional, (art. 65°). Los derechos colectivos a que se refiere la Ley 30057, sólo es aplicable a este último grupo de servidores.

Pero al margen de esta clasificación que acabamos de hacer, hay que precisar que la referida ley, a pesar de que en el artículo I del Título Preliminar se señala que el objeto de la norma es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios al Estado, la ley no es aplicable a una serie de trabajadores como son los servidores de las empresas estatales, por ser su régimen laboral el privado, los trabajadores del Banco Central de Reserva del Perú, los del Congreso de la República, los de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, los de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, los de la Contraloría General de la República, los servidores sujetos a carreras especiales, así como los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales.

Finalmente, la Ley del Servicio Civil precisa que forman parte de las carreras especiales, a que se refiere el párrafo anterior, los siguientes servicios: de los servidores civiles de carrera del Servicio Diplomático, de los servidores civiles de las universidades, de servidores del Ministerio de Salud, los que corresponden a los del sector Magisterial, de los que laboran para las Fuerzas Armadas y Fuerzas

interiores imprenta.indb 185 06/06/2017 06:37:47 a.m.

Policiales, de la Penitenciaría, del Ministerio Público y los del Poder Judicial, (Primera Disposición Complementaria Final).

Pero además de los artículos 40° al 45°, por mandato de la norma, se podrá aplicar supletoriamente, el Decreto Ley 25593 de Relaciones Colectivas de Trabajo, así como, el Artículo III del Título Preliminar, que tiene que ver con los Principios de la Ley del Servicio Civil y los Títulos II y V, establecidos en el citado Decreto Ley 25593.

III. LIMITACIONES Y RESTRICCIONES AL DERECHO COLECTIVO DE TRABAJO

Las limitaciones al derecho colectivo de trabajo se encuentran contenidas en los artículos 40 al 45. Así, por ejemplo, el primero de estos artículos dispone que "los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza". Luego añade, en su último párrafo, que "ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente ley".

En cuanto a la libertad sindical o derecho de sindicación, el art. 41° dispone que los servidores civiles tienen derecho a organizarse con fines de defensa de sus intereses. Luego, añade, que la autoridad no debe promover actos que limiten la constitución de organizaciones sindicales o el ejercicio a la libre sindicación. A esto habría que añadir, la disposición del artículo 40°, en el sentido que los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo y en los artículos de la Función Pública establecidos en la Constitución Política del Perú.

Pero el tema de los derechos colectivos no sólo están regulados por la Ley 30057, sino también por su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM del 11 de Junio del 2014. Este último, en lo que respecta a este tema es muy amplio y excesivo, notándose un intervencionismo que afecta enormemente la autonomía sindical, la autonomía colectiva y por ende la autotutela del ejercicio del derecho de huelga. El citado Reglamento legisla, sobre todo en lo que a la libertad sindical y negociación colectiva se refiere, aspectos que pueden regularse mejor a través del accionar colectivo.

En cuanto a la negociación colectiva, los servidores tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen, (art. 42°). Como se puede apreciar aquí hay dos clases de limitaciones. La primera se refiere, a las compensaciones económicas que están sancionadas con nulidad, de conformidad con el punto b) del artículo 44° de la Ley.

interiores imprenta.indb 186 06/06/2017 06:37:47 a.m.

Es por eso que el artículo 43°, sólo se refiere a las compensaciones, condiciones de trabajo y condiciones de empleo que no tengan significación económica, tal como lo ordena el inciso e) del artículo antes referido, como pueden ser los permisos, licencias , capacitación, uniforme y ambiente de trabajo.

Finalmente, el ejercicio de huelga está regulado en el artículo 45° de la Ley. Pero el Reglamento recoge en gran parte el contenido restrictivo que contempla la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo y su respectivo Reglamento (Decreto Ley 25593).

IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DEL TEMA

En primer lugar hay que hacer presente que existe una imprecisión en la Ley 30057, al denominarlos derechos colectivos, cuando en realidad se trata del Derecho Colectivo, que tiene su base en un trípode constituido por la libertad sindical, la negociación colectiva y la medida de fuerza que es la huelga. De esta afirmación podemos deducir que la libertad sindical no sólo es fundamental, sino requisito esencial para que funcionen las otras dos partes del trípode. De tal manera, que se puede perfectamente afirmar que en un país donde la libertad sindical tenga limitaciones, es imposible que se pueda negociar colectivamente o ejercitar legítimamente la medida de fuerza. Por el contrario, si existe libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga cumplirán su cometido. Por lo tanto, es necesario analizar previamente cada una de estas partes del trípode, como son la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, para después concluir, si la Ley del Servicio Civil es justa y adecuada, o por el contrario, tiene limitaciones que vulneran la normatividad imperante.

V. LA LIBERTAD SINDICAL.

La doctrina no ha logrado elaborar un concepto a priori de lo que es la libertad sindical, debido a la evolución y cambio del mundo del trabajo y de las respectivas relaciones entre el capital y el trabajo, que se adoptan en los diferentes países. Lo cierto es que estamos ante un derecho fundamental, que además de constituir toda la base o andamiaje del régimen jurídico de la formación del sindicato y su accionar para el logro de su capacidad negociadora, que le permita cumplir sus fines y defender sus intereses. Incluso, esta idea ha sido recogida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en el punto 4 del artículo 23° dispone que "toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses". Es decir, hay un medio y un fin.

La libertad sindical está dirigida a proteger la libertad individual, por una parte, y por otra, a la tutela de la libertad colectiva, criterio que ha sido recogido por la doctrina. Así, por ejemplo, el profesor Mario Ackerman[2] la describe como el con-

(2) Ackerman, Mario E, "Los Sindicatos en Argentina", en los Sindicatos en Iberoamérica, Editorial Aele, Lima, 1988, p.30.

interiores imprenta.indb 187 06/06/2017 06:37:47 a.m.

junto de poderes, individuales y colectivos, positivos y negativos que aseguran la independencia de sus respectivos titulares en orden a la fundación, organización, administración y gobierno de las asociaciones profesionales de trabajadores. Por su parte, Oscar Ermida[3] reconoce que el concepto de libertad sindical se encuentra en permanente evolución como que los alcances de la misma están necesariamente condicionados por el modelo sindical de cada país y, obviamente, por su marco normativo.

El tratadista brasileño Wagner D. Giglio nos dice que la libertad sindical es una potestad que nos permite constituir, fundar o crear sindicatos sin limitaciones impuestas por el Estado, lo que implica la adopción de la pluralidad sindical, a lo que habría que agregar, la posibilidad de asociarse, de no asociarse, de desligarse del sindicato, de trabajar sin ser asociado, todo lo cual es considerada por la doctrina como libertades individuales, mientras que son consideradas libertades colectivas de la propia entidad sindical, las de estructurarse internamente, organizar sus estatutos y unirse y afiliarse a otras entidades sindicales, nacionales o internacionales[4], para accionar en defensa de las remuneraciones y condiciones de trabajo de la colectividad.

En su mayoría, las definiciones parten de los convenios 87 y 98 de la OIT y de las propias Constituciones, como se puede apreciar en el concepto que nos da Palomeque López,[5] quien sostiene que la libertad sindical es el derecho de los trabajadores de fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, (aspecto individual), así como el derecho de los sindicatos al ejercicio libre de las funciones que le son atribuidas constitucionalmente para la defensa de los intereses de los trabajadores (aspectos colectivo).

Como se puede apreciar, las definiciones antes referidas, parten del texto del Convenio 87 de la OIT que dispone que "*los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas"* (art. 2) (libertad individual).

Por su parte, el artículo 3 del mismo Convenio, está referido a la autonomía colectiva, al señalar que *"Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción".* A su vez, estas organizaciones, tienen el derecho de constituir organizaciones de segundo y tercer grado, como son las federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas y a organizaciones internacionales (art. 5).

(3) "Sindicatos en Libertad Sindica", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1985. P. 29.
(4) Los Sindicatos en el Brasil" en Los Sindicatos en Iberoamérica, Editorial Aele, Lima, 1988, p. 91.
(5) Polomeque, López, Manuel Carlos, Derecho Sindical español, Tecno, Madrid, 1994, p. 96.

interiores imprenta.indb 188 06/06/2017 06:37:47 a.m.

Estas disposiciones del referido Convenio contribuyen al nacimiento del "principio de la libertad sindical" que ayuda a explicar mejor los textos de los Convenios 98 y 151 de la OIT. Es por eso que el punto 2 del art. 3 del Convenio, ha establecido su candado de seguridad, al prohibir a las autoridades públicas, intervengan en actos que tiendan a limitar el derecho de libertan sindical o a entorpecer su ejercicio legal, sobre todo en acciones tan importantes como es la adquisición de la persona jurídica, a que se refiere el artículo 7 del Convenio, materia de este comentario.

Como ya lo señalamos, anteriormente, el derecho colectivo se asienta sobre el trípode indivisible, libertad sindical, negociación colectiva y la huelga. Pero estos tres ingredientes no son diferentes ni están separados, por el contrario, todos ellos están fusionados y en esa fusión, la libertad sindical sobresale, porque al faltar ésta los demás elementos del trípode se debilitan o desaparecen. De ahí que compartimos, plenamente, la opinión de Ermida Uriarte(6), quien amplía el concepto de libertad sindical, al señalar que no sólo se trata de un derecho fundamental, sino, de un derecho generador o creador de otros derechos que no sólo vienen por imperio de la ley, sino de algo más firme como son los objetivos, de la voluntad de las partes, cuyo destino final es la defensa de los intereses de los trabajadores(7).

Esos otros derechos que genera la libertad sindical, es el accionar o acción sindical para el logro de mejores remuneraciones y condiciones de trabajo. Esto significa que la libertad sindical sin esos fines, no tiene sentido. Por lo tanto, la libertad sindical no es un adorno, es algo más, un medio, una herramienta poderosa para darle al colectivo de trabajadores un poder de negociación, que individualmente el trabador no lo tiene. Es por eso que se dice que el derecho colectivo cumple sus fines cuando desoyendo el pregonar de Chapelier y Turgot surge como un medio para lograr la solución de conflictos.

VI. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Como ya dijimos, la libertad sindical da origen a una serie de potestades que se objetivan a través de lo que es la autonomía sindical y que según el Tribunal Constitucional, "es la posibilidad de que el sindicato pueda funcionar libremente, esto es, sin injerencias de actos externos que lo afecten". Está basado en la plena libertad de sus afiliados o miembros, quienes pueden constituir organizaciones sindicales o afiliarse a una ya existente, cuyo origen está en la libertad de asociación que es un derecho de carácter individual. Pero, la libertad sindical, además, protege a las organizaciones y a las actividades sindicales que éstas desarrollen colectivamente, así como a sus dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con los objetivos para los cuales fueron elegidos. Se trata, pues de un derecho que tiene que ver con la autonomía colectiva.

(6) Ermida Uriarte, Oscar, "Crítica a la libertad sindical", Derecho PUCP N° 68, Lima, 2012. P.36.
(7) Palomeque López, Manuel Carlos, Derecho Sindical español, Tecnos, Madrid, 1994. P. 96.

interiores imprenta.indb 189 06/06/2017 06:37:47 a.m.

La función por excelencia de la libertad sindical es la negociación colectiva, para autorregular sus relaciones, creando derechos objetivos que van dirigidos al mejoramiento subjetivo de la persona humana. En tal sentido la negociación, al ser una función, es un medio, una vía para lograr el propósito del convenio o convención colectiva de trabajo, que es la meta final.

Esta herramienta o vía adquiere una importancia fundamental en los actuales tiempos, en que ha desaparecido la idea del Estado Protector o benefactor, que le impide actuar como una entidad social de protección en beneficio de los trabajadores. En adelante, todo beneficio al que aspire el trabajador debe lograrse a través de la negociación. Al no existir otro camino para este logro, los temas de la libertad sindical y de la convención colectiva adquieren nuevos retos. De esta manera, la representación de los trabajadores, en acuerdos colectivos con sus empleadores, constituye una prerrogativa propia de las estructuras sindicales constituidas en forma asociativa. La consecuencia es que la libertad de asociación y la libertad de representación constituyen los presupuestos legales básicos para la creación y el desarrollo de organismos sindicales capaces de tutelar dichos intereses, no solo al nivel general, sino también a nivel regional o empresarial.

En lo que respecta a la libertad sindical y la representación colectiva, debemos afirmar que las mismas se conforman de acuerdo al régimen laboral al que están sometidos. En tal sentido se puede citar al Decreto Legislativo 276, Ley que regula la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; el régimen privado del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-977-TR y el régimen del Decreto Legislativo 1057 que regula los Contratos Administrativos de Servicios, dentro de los cuales se encuentran según su respectiva Ley, los profesores de la carrera magisterial, los docentes universitarios, los profesionales de la salud, los servidores penitenciarios, etc.

A pesar que la Ley 30057, materia de la presente ponencia, fija como objetivo establecer un régimen único y exclusivo, para las personas que trabajan al servicio de entidades públicas del Estado, tal situación no se cumple, porque la Primera Disposición Complementaria Final de la misma Ley, excluye de su campo de aplicación, a una gran cantidad de reparticiones, tal como lo hemos señalado anteriormente.

Refiriéndose al sector público, sostiene Mario Grandi[8] que la contratación colectiva es muy compleja, debido a las estructuras administrativas y de los sistemas institucionales y/o territoriales. En los diversos sistemas, junto al nivel central o general de contratación, actúan niveles regionales, locales y municipales. Las relaciones funcionales entre los diferentes niveles de contratación colectiva están caracterizadas por un cierto grado de autonomía, pero esto depende en gran medida, del grado de autonomía de las diferentes entidades administrativas en la

(8) "Los Actores de la Contratación Colectiva ", Ponencia presentada en el XVII Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2 al 5 de Setiembre del 2003, Montevideo, Uruguay.

interiores imprenta.indb 190 06/06/2017 06:37:47 a.m.

disponibilidad de los recursos financieros para destinar a mejoras salariales. Estos recursos, en efecto, están casi siempre condicionados por los topes del presupuesto, las actividades de contratación colectiva están sujetas a límites de gastos preestablecidos y a las directivas formuladas por las autoridades políticas nacionales.

Ideas como la señalada, no significa en manera alguna, prohibición o cercenamiento de derechos fundamentales como es la libertad sindical y la negociación colectiva, sino un criterio de previsibilidad dentro de los límites razonables que la ley presupuestal establece. Esta consideración también existe en la convención colectiva de los empleadores privados con sus gremios sindicales, que constituyen los límites de negociación que los empleadores ponen en práctica, al momento de negociar. De no ser así, la permanencia y éxito de la empresa estarían sujetos a un alto riesgo.

Los legisladores de la Ley 30057, para justificar las prohibiciones o restricciones en perjuicio de los trabajadores, sostienen que las mismas se encuentran respaldadas por la Constitución, los Convenios de la OIT, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, los pronunciamientos de la Corte Suprema. Nosotros no compartimos esos criterios, razón por la que exponemos nuestros argumentos, recurriendo al estudio de tales instrumentos.

VII. SEÑALAMIENTO DE LOS PROBLEMAS

Las limitaciones se asoman desde el artículo 41° de la Ley 30057 que en su segundo párrafo dispone que “la autoridad no debe promover actos que limiten la constitución de organismos sindicales o el ejercicio de sindicación”, pero no hace mención como derecho, a la negociación colectiva, lo que implica una restricción, no sólo a ésta, sino también a la libertad sindical.

Por su parte, el artículo 42° de la referida Ley establece que “los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones, no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen”. Esta prohibición tiene una candado de seguridad en el inciso b) del artículo 44° de la misma Ley, al ordenar que “la contrapropuesta o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho”. Pero el mismo artículo en su penúltimo párrafo hace más rígida la sanción de nulidad al establecer que “son nulos los acuerdos adoptados en violación de lo dispuesto en el presente artículo”. Finalmente, el Reglamento de la Ley dispone que los tribunales arbitrales, en ningún caso, puedan pronunciarse sobre compensaciones económicas o beneficios de esa naturaleza, ni disponer medida alguna que implique alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la Ley y sus normas reglamentarias.

interiores imprenta.indb 191 06/06/2017 06:37:47 a.m.

Como se puede apreciar nos encontramos ante una prohibición severa, en desmedro de los trabajadores, elevándose la ley presupuestaria a un nivel sacrosanto.

VIII. ASPECTO CONSTITUCIONAL

Toda Sociedad necesita de un Estado que lo regule. Esa regulación obedece a una necesidad, que es un requerimiento social, cuya respuesta es el Derecho. Por eso no puede haber Estado sin Derecho, aunque sólo el Estado de derecho, viene regulado y sometido a una norma superior que nos dice quién puede ejercer el poder y en qué condiciones, cómo se hacen las leyes y cuáles son nuestros poderes. Si se trata de una necesidad, una Constitución se puede modificar en cualquier momento, no es un instrumento permanente o fatal, incluso, en sus cambios puede ir contra el sistema imperante. Lo que interesa es el desarrollo y mejoramiento de las mayorías.

Como bien lo dice el Constitucionalista Antonio Rovira(9) ese es el rol de la Constitución y la Ley; se trata de un producto nuestro, demasiado nuestro, parcialmente imperfecto, caprichoso y siempre interesado, que debe cambiar porque sus palabras también envejecen y se desgastan como cualquier otra materia. La constitución es una herramienta, nunca un fin, un instrumento que no tiene nada trascendente, un pacto, un contrato social que institucionaliza un determinado "orden", que será justo si sirve para realizar los derechos. Por eso la Constitución o la ley no tiene sentido porque lo primero debe ser la persona, tal como lo concibieron los antiguos griegos al señalar que "el hombre es la medida de todas las cosas".

Dentro de este contexto se encuentra la Constitución peruana, al sostener, en su Art. 1°, que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Este precepto nos obliga a legislar respetando razonablemente el derecho de los servidores públicos, sin llegar a prohibiciones o limitaciones, que en el fondo impiden que se cumpla con un eficiente servicio a los administrados. Esto se revela en el bajo nivel salarial, que impide el desarrollo cultural, social y económico de quienes laboran para el Estado, que es un empleador que no dialoga, no escucha, que genera constantes conflictos con sus dependientes. En el caso de la Ley 30057, sin posibilidad de solución.

Para justificar la negativa, de la Ley, a que se pueda pedir condiciones laborales con significación económica, se recurre a invocar a algunos artículos constitucionales, tal por ejemplo, los artículos 77° de la Constitución, que desde nuestro punto de vista no es un impedimento. Por el contrario, estos dispositivos no impiden, sino que permiten los aspectos que la Ley 30057 prohíbe, como lo veremos a continuación. Así el texto del artículo 77° de la Constitución dice: "La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que

(9) "CAMBIO Y CONSTITUCIÓN", artículo publicado en el diario El País de España el 24 de Julio del 2015, p. 13.

interiores imprenta.indb 192 06/06/2017 06:37:47 a.m.

anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas.

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponde a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon".

Como se aprecia, en el dispositivo antes glosado no existe prohibición alguna. Lo que hace el precepto constitucional es establecer un presupuesto de sus ingresos y egresos que tiene que respetarse, lo que no quiere decir que esté prohibido prever el gasto en la respectiva partida. Es lo que hace todo buen empleador que no busca congelar las remuneraciones, sino regularlo razonablemente. Los pliegos de reclamos de las empresas privadas, también se rigen por un presupuesto y en base al mismo negocian. De lo contrario la empresa colapsaría. Esta misma dinámica debe funcionar en el sector público para evitar ese congelamiento remunerativo por décadas, tal como ocurre en el Perú. En conclusión, el artículo 77° de la Carta no sustenta una prohibición tal como lo hace la Ley 30057. Por el contrario, nos señala el camino para hacerlo, consignando la correspondiente partida en el Presupuesto de la República.

Pero lo que también es incorrecto, es la versión o mensaje que se esgrime para hacernos ver que el Tribunal Constitucional contribuye a la prohibición, cuando en realidad dice otra cosa. Así por ejemplo, en el expediente N° 0008-2005-AI/TC, se señala que las negociaciones colectivas de los servidores públicos deberán adecuarse al límite constitucional que impone un presupuesto equitativo y equilibrado. En efecto, agrega el Tribunal, que después de los acuerdos logrados mediante negociación colectiva en los que se establezcan aspectos de incidencia económica se podrá autorizar y programar en el presupuesto. Como se ve, el fallo no prohíbe, sino que le interesa que la obligación tenga un respaldo en el Presupuesto.

De la misma manera, en el expediente O2566-2012-PA/TC se nos habla del equilibrio presupuestal que debe respetarse. También la sentencia del Tribunal Constitucional N° 01035-2001-AC/TC, en los fundamentos 10 y 11 nos dice que todo incremento deberá estar previsto oportunamente en el presupuesto de la entidad al momento de la negociación, en efecto de lo cual, deberá estarlo en el presupuesto subsiguiente, a fin de no limitar irrazonablemente el principio de buena fe que debe presidir todo procedimiento de negociación colectiva. En este caso, tampoco hay prohibición.

Como se ve, el artículo 77° de la Constitución, lejos de prohibir o limitar la negociación colectiva, abre un camino contrario para que la libertad sindical no se altere y de esa manera funcione correctamente los alcances del artículo 28° de la Carta que garantiza la libertad sindical y fomenta la negociación colectiva. Ese criterio también lo han consagrado los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

interiores imprenta.indb 193 06/06/2017 06:37:47 a.m.

y la Corte Suprema de justicia. En consecuencia, el artículo 42° de la Ley 30057 y demás prohibiciones o limitaciones, de la misma ley, resultan ser inconstitucionales.

Con respecto al artículo 42° de la Constitución que establece lo siguiente: "Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos…" Según este dispositivo el Estado al reconocer el derecho de sindicación de los servidores públicos, también admite el derecho de los mismos, a la negociación colectiva, como una facultad inherente a la personalidad sindical, tal como lo hemos enunciado anteriormente. En otras palabras, por el hecho que el artículo 42° de la Carta no contenga en su texto, las palabras "negociación colectiva" no significa, de manera alguna, que los trabajadores no tengan derecho a dicha negociación.

Además, se trata de una manera de enunciar el derecho de sindicación o libertad sindical, porque la negociación colectiva es una función inmersa en la primera, tal como se puede apreciar en diferentes Constituciones(10). Así lo confirma el artículo 60 de la Constitución de Costa Rica al señalar que "Tanto los patrones como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos sociales y profesionales". La definición es completa, con lo que se precisa que el derecho a la sindicalización tiene un fin. A su vez la misma Constitución, en su artículo 68 reitera que "No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores(11).

IX. LOS CONVENIOS DE LA OIT Y LA LEY 30057

También se ha esgrimido, erróneamente, que de conformidad con los Convenios 98, 151 y 154 de la OIT, las limitaciones impuestas por la Ley 30057 son procedentes. Analicemos a continuación, cada uno de estos Convenios para ver si la referida ley es compatible con los mismos.

Según el artículo 40° de Ley 30057, los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la OIT, pero resulta que este último no fija limitación alguna en materia de negociación colectiva, salvo para los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder de decisión o desempeñan cargos directivos o que cumplan obligaciones de naturaleza altamente confidencial o que sean miembros de las fuerzas armadas o de las fuerzas policiales. Por el contrario, los artículos 7 y 8 del referido Convenio disponen la obligación de estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación a cerca de las condiciones de empleo, utilizando la mediación, la conciliación y el arbitraje, de modo que inspiren la confianza de los

(10) La información se puede ver en: Constituciones de Iberoamérica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

(11) Las Constituciones de Iberoamérica, p. 352.

interiores imprenta.indb 194 06/06/2017 06:37:47 a.m.

interesados. De manera que el artículo 42 de la referida ley resulta incompatible con este Convenio.

Otro Convenio que se ha invocado, por los defensores de la Ley, es el 124, a pesar que el punto 2 del artículo 1 del mismo dispone, en lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio. Esto no significa una prohibición, sino más bien su aplicación. Igualmente, el artículo 2 que a la letra dice "A los efectos del presente Convenio la expresión negociación colectiva, comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre empleadores y trabajadores con el fin de fijar condiciones de trabajo y empleo"(12). Esto nos lleva a afirmar que no constituye fundamento alguno para impedir que los servidores públicos puedan solicitar beneficios económicos.

X. A MANERA DE CONCLUSIÓN

De lo expuesto se desprende que ninguno de los instrumentos analizados impide que los servidores públicos puedan formular peticiones económicas a su empleador. Tanto la Constitución, como los Convenios de la OIT, así como los textos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de la República limitan o cercenan la negociación colectiva, en los términos que lo hace el artículo 42 y otros de la Ley 30057. Lo que todos estos instrumentos y pronunciamientos han expresado no es una negativa al derecho de los servidores públicos, sino la posibilidad de dar pleno cumplimiento a la negociación colectiva, pero respetando la base presupuestal. Es decir las peticiones de incrementos remunerativos y de condiciones de trabajo que tengan significación económica, requieren que estén previamente consideradas en el Presupuesto Nacional. Esto es diferente a lo que sostiene el artículo 42 de la Ley 30057 que solo permite negociar sobre condiciones de trabajo o condiciones de empleo que no tengan significación económica y aun así condicionadas a las posibilidades presupuestarias.

Tal es así que el Tribunal Constitucional, el 3 de septiembre del 2015 ha expedido la Sentencia por la que ha declarado inconstitucional, en este extremo, las Leyes números 29812 y 29951 que aprueban los Presupuestos Generales de los años 2012 y 2013, por haber introducido prohibiciones y cercenamientos, respecto a incrementos de remuneraciones y mejoras de condiciones de trabajo, contraviniendo al texto de la Constitución.

Si bien, el Tribunal Constitucional advierte que la regulación que hace la Ley 30057 en los artículos 42 al 44, respecto a los derechos colectivos es incompleta, sin embargo dicho Tribunal señala que en esta ocasión, no emitirá pronunciamiento en la presente sentencia sobre la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 30057, de Servicio Civil, que estén referidas a negociación colectiva. Ello en virtud

(12) OIT, Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo 1919-1984, Ginebra, 1985.

interiores imprenta.indb 195 06/06/2017 06:37:47 a.m.

de que sobre la referida ley han sido interpuestas seis demandas de inconstitucionalidad (25-2013-PI; 03-2014-PI; 08-2014-PI; 13-2015-PI; 10-2015-PI) las que serán materia de pronunciamiento por parte de este Tribunal en su debido momento.

La omisión legislativa acotada, agrega la sentencia, constituye un incumplimiento de obligaciones internacionales a las que el Estado peruano se sometió con la ratificación de los Convenios de la OIT 98 y 151, así como una violación por omisión de la Constitución. En ese sentido, el Tribunal está autorizado a declarar la existencia de una situación de hecho inconstitucional derivada de la inacción legislativa.

Ahora bien, esta omisión legislativa no autoriza al Tribunal Constitucional a suplir al legislador en las tareas que la Constitución le ha confiado. El principio de la división de poderes y el principio de corrección funcional en la interpretación y aplicación de la Constitución no autorizan a este Tribunal a superponerse al órgano que, de acuerdo con la Ley Fundamental, está llamado a desarrollar legislativamente los derechos constitucionales. Por ello, en el marco del principio de colaboración de poderes, el Tribunal exhorta al Poder Legislativo a enmendar esta omisión dictando las disposiciones legales necesarias que permitan hacer efectivo este derecho.

En ocasiones semejantes, cuando se ha advertido la existencia de una omisión legislativa que el legislador deba suplir, este Tribunal ha expedido un tipo especial de sentencia, que en nuestra jurisprudencia se ha denominado "exhortativa". Por lo general, mediante esta clase de sentencias se ha invitado al legislador a cubrir la ausencia (total o parcial) de legislación y se le ha concedido un lapso, que nunca ha excedido el año. En el presente caso, el Tribunal advierte que la expedición de esta sentencia virtualmente coincide con la convocatoria a elecciones generales para renovar a los representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Por ello, al establecer un lapso de vacado sententiae, que empezará a contarse desde la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017, y que no podrá exceder de un año, el Tribunal exhorta al Congreso de la República para que emita la legislación pertinente conforme a lo dispuesto en esta sentencia.

En consecuencia, es posible cumplir con las condiciones que exigen los instrumentos constitucionales y los Convenios de la OIT porque en la actualidad ya se vienen negociando en algunos Ministerios y Reparticiones Públicas, y hasta disposiciones legales se han expedido como son los Decretos Supremos DS. 003-82-PCM y 026-82-JUS del 13 de abril de 1982. Por otra parte, este no es un tema nuevo. En el año 1981, Jorge Rendón Vásquez[13], ya nos diseñaba el trámite que podría seguirse para adecuar los pliegos de reclamos de los servidores públicos, a la oportunidad en que se formula el Presupuesto Nacional.

(13) Derecho del Trabajo Colectivo, Edial, Lima 2007, pp. 337 al 339.

interiores imprenta.indb 196 06/06/2017 06:37:47 a.m.

Nosotros creemos que no existe mayor problema. Se trata de considerar en el Presupuesto una cantidad destinada a financiar las exigencias laborales de los servidores públicos, que les servirá a los gobiernos para negociar con sus servidores. Es parecido a lo que hace un empleador privado, que señala en su presupuesto el límite para negociar. El Estado, que es el gran empleador, debe comportarse como tal. Por no hacer eso se ve envuelto en grandes conflictos, cuyas consecuencias hacen un enorme daño al país. De manera que cuando la Ley 30057, se ampara, erróneamente, en el artículo 42° de la Constitución para decir que los servidores públicos sólo tienen derecho a la sindicación y huelga se está planteando el derecho de huelga, sin posibilidad de negociar, lo cual es inaudito porque se está negando anteladamente la solución del conflicto. En otras palabras, se nos está dando “el gato por la liebre”.

interiores imprenta.indb 197 06/06/2017 06:37:47 a.m.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO ESTRATEGIA DEL PASO DE LA CONFRONTACIÓN AL DIÁLOGO SOCIAL

Leopoldo Gamarra Vílchez[1]
(Perú)

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptos previos de la negociación colectiva en general. 1. ¿En qué consiste? 2. Trascendencia social de la negociación colectiva. 3.Regulación de la negociación colectiva en la empresa. III. Escenario actual de la negociación colectiva. 1. La globalización económica. 2. Reforma del mercado de trabajo. IV. Impacto de los grandes cambios en la negociación colectiva: de la confrontación al diálogo social. 1. Crisis de representación de la organización sindical. 2. Nuevos retos y nueva estrategia en la negociación colectiva. V. Los intentos de diálogo social en el Perú. 1. Desde 1930. 2. Instalación y funcionamiento del Consejo Nacional de Trabajo. 3. Problemas de institucionalidad. VI. A manera de conclusión.

Palabras clave: Perú, negociación colectiva, diálogo social, tripartismo, concertación, estrategia sindical, Consejo Nacional de Trabajo.

(1) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magister en economía y relaciones laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en seguridad social por la Universidad Alcalá de Henares de España, Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Especialista laboral y previsional del Congreso de la República, miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, autor de varios libros y artículos en temas relacionados con el trabajo y la seguridad social.

interiores imprenta.indb 198 06/06/2017 06:37:47 a.m.

ABSTRACT: Collective bargaining in Peru is developed as a new strategy of conflict over social dialogue. To do this, we mention some concepts on collective bargaining, then we develop the current scenario of the union and the impact suffered by the great changes that led to a change in strategy. Finally, we note the problems encountered in the National Labor Council with respect to collective bargaining, in our country, in terms of the pursuit of social dialogue.

KEYWORDS: Peru, Collective bargaining, social dialogue, tripartism, dialogue, union strategy, National Labor Council.

RESUMEN:

Se desarrolla la negociación colectiva en el Perú como una nueva estrategia del paso de la confrontación al diálogo social. Para ello, mencionamos algunos conceptos sobre la negociación colectiva, luego desarrollamos el escenario actual de la negociación colectiva y de las organizaciones sindicales y el impacto sufrido por los grandes cambios que los llevó a modificar su estrategia. Finalmente, señalamos los problemas que se presentan en el Consejo Nacional de Trabajo respecto a la negociación colectiva, en nuestro país, en cuanto a la búsqueda del Diálogo Social.

I. INTRODUCCIÓN

Es relevante la publicación de la Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, a cargo del Taller de Investigación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social José Matías Manzanilla de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que incidirá en aportes que estamos seguros servirán para contribuir al diálogo social laboral en nuestro país.

Cabe señalar, que en las últimas décadas se ha evidenciado –en nuestro país– la importancia del diálogo social para consolidar la democracia; sin embargo, estamos lejos de que el Estado reconozca las reivindicaciones sindicales y transforme el conflicto laboral en procesos que conlleven a reformas concretas. Actualmente en el mundo, el sistema de relaciones laborales es cada vez más cooperativo y menos conflictivo, con ello no se pretende olvidar el conflicto social, pero tampoco se trata de exaltarlo innecesariamente; la idea es reconocer el conflicto y buscar una solución aceptable para las partes. De esta manera, podríamos pasar de una democracia formal hacia una democracia cada vez más real.

En ese sentido, el presente artículo “La Negociación Colectiva como estrategia del paso de la confrontación al diálogo social” está enmarcado en el tema del impacto del Diálogo Social en las negociaciones colectivas. Y el objetivo principal es señalar los problemas que se presentan en la negociación colectiva en nuestro país, en cuanto a la búsqueda del diálogo social. Para ello, se desarrolla en cuatro temas aparte de esta introducción y de la conclusión.

Así, mencionamos algunos conceptos de la negociación colectiva: en qué consiste, su importancia, los modelos y la regulación a través de normas constitucionales y de la ley específica. Luego desarrollamos el escenario actual de la negociación

interiores imprenta.indb 199 06/06/2017 06:37:47 a.m.

colectiva y de las organizaciones sindicales. Asimismo, señalamos el impacto de los grandes cambios en la negociación colectiva y en la organización sindical que los llevó a un cambio de estrategia: de la confrontación al diálogo social a través de medidas muy especiales como los vínculos a nivel mundial, los acuerdos tripartitos y el diálogo social. Finalmente, tratamos los intentos del diálogo social en el Perú como estrategia tripartita, la instalación, el funcionamiento y los problemas de institucionalidad del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Y, a manera de conclusión, diremos algunas ideas sobre el tema en general.

II. CONCEPTOS PREVIOS SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN GENERAL

Desde el punto de vista jurídico, la negociación colectiva cumplió en el pasado y todavía cumple en la actualidad un rol importante en la regulación autónoma de las relaciones laborales, al establecer normas en aquellos ámbitos en los que no intervienen las normas heterónomas. En esa medida es fundamental tener ciertos conceptos previos.

1. ¿En qué consiste la negociación colectiva?

La negociación colectiva es el procedimiento, el camino a transitar con miras a lograr un convenio colectivo. Por ello, es parte fundamental del Derecho Colectivo de Trabajo. Es decir, "la regulación legal del proceso de negociación colectiva se concentra en el momento inicial de comienzo de la deliberación, fijando las reglas descritas sobre legitimación negocial y en el momento final de formalización del convenio colectivo"[(2)].

Esta distinción entre la negociación como procedimiento y el convenio colectivo como posible resultado final del mismo, se aprecia claramente en la definición contenida en el artículo 2 del Convenio Internacional de Trabajo 154 sobre el fomento de la negociación colectiva. Asimismo, la Recomendación 91 de la OIT sobre los contratos colectivos, define el convenio colectivo como todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo.

2. Trascendencia social de la negociación colectiva

El nacimiento de la negociación colectiva puede ubicarse hacia fines del siglo XIX, asociada al proceso de la industrialización y el problema social que sirvieron para el surgimiento del movimiento obrero y de los derechos laborales. Pero la negociación colectiva tuvo desde el lado del empleador fuerte oposición porque no podía tolerar la posibilidad de abdicar, siquiera parcialmente del poder absoluto reconocido por el Derecho de entonces.

(2) Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 2009, p. 504.

interiores imprenta.indb 200 06/06/2017 06:37:47 a.m.

En el Derecho civil no se concebía otra forma de intervenir en las relaciones laborales que no fuera el principio de la igualdad de las partes encaminada a asegurar la más absoluta libertad de los contratantes individuales. Incluso la Ley Le Chapelier, del 17 de junio de 1791, prohibía toda forma de asociación laboral y proscribía expresamente las corporaciones artesanales y las asociaciones de trabajadores, disposición a la que se agregarían luego las sanciones penales por delito de asociación.

Recién en 1884, con la Ley Waldeck-Rousseau, se reconoció la organización sindical. De esta manera la negociación colectiva se presenta como parte del triángulo colectivo, especialmente asociada al sindicato, que es su razón de ser en términos jurídicos y políticos.

Así es reconocido en el Convenio Internacional de Trabajo 98, sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva, de tal suerte que sólo es posible concebirla de forma auténtica donde previamente esté asegurado el reconocimiento de la libertad sindical(3).

Y en cuanto a su desarrollo se presentan determinados modelos, como ámbitos generadores de procesos negociales(4). En ese sentido, se utiliza la expresión modelo para describir las características más saltantes que se expresan en un determinado contexto económico y social, continente, región, zona o país: centralizado(5), descentralizado y desconcentrado. Muchos países de América Latina, especialmente el Perú, se ubican en este modelo porque cuando negocian lo hacen a nivel de empresa, o incluso en niveles todavía inferiores, como pueden serlo en las filiales, sucursales, establecimientos o sectores específicos de ciertas empresas.

3. Regulación de la negociación colectiva en el sector privado en el Perú

La regulación de la negociación colectiva está expresamente establecida en la Constitución Política y en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; no obstante, también hipotéticamente, la negociación colectiva en la empresa, se deja al acuerdo de las partes.

(3) Christophe Radé, *Droit du Travail*, 4ta edition, Lextens éditions, Paris, 2009, p.238.

(4) Al respecto, ver el interesante artículo de Manuel Correa Carrasco, La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales, en la Revista de Derecho Social, N° 59, Ginebra, julio 2012, p. 33-52.

(5) Es el típico modelo europeo en donde se reconoce plenamente la autonomía colectiva. Sin embargo, hoy también se cuestiona este modelo a través de reformas que desequilibran el poder a favor de las empresas desincentivando la negociación colectiva, flexibilizando en exceso la salida del empleo. Así tenemos la reforma laboral en España mediante el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero. En materia de negociación colectiva se establecieron dos cambios: por un lado, la limitación de la ultra actividad de los convenios colectivos a un máximo de dos años; por otro lado, la prioridad del convenio colectivo de empresa. Ello implica una descentralización de la negociación colectiva. De esta manera se disminuye la capacidad de negociación de los trabajadores y de sus representantes.

interiores imprenta.indb 201 06/06/2017 06:37:47 a.m.

En efecto, el artículo 28 de la Constitución reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Además, en el mismo artículo, inciso 2 se establece que el Estado fomenta la negociación colectiva(6). Es decir, el Estado debe fomentar, promover, impulsar o proteger la negociación colectiva; entonces el Estado debe tener un rol activo con relación a la negociación colectiva. Al igual que la Constitución española en la cual se señala que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva(7).

Asimismo, el Decreto Supremo 010-2003-TR (30.09.2003), Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, regula los derechos colectivos de los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, específicamente en materia de la negociación colectiva.

III. EL ESCENARIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Los problemas que afectan a la negociación colectiva y a la acción sindical en el mundo y, particularmente, en América Latina, es el contexto socio - económico que se presenta con el fenómeno de la globalización económica y las reformas del mercado de trabajo como escenario en las tres últimas décadas. Veamos.

1. La globalización económica

Estas tres últimas décadas se muestran diferentes de las anteriores, en muchos sentidos que se extienden a todas las esferas de la vida humana; especialmente en la evolución tecnológica como en el campo electrónico, en las comunicaciones y en el trasporte: hoy en día, es posible comunicarnos en tiempo real, gracias a los avances de las telecomunicaciones que posibilitan las vinculaciones entre economías y sistemas financieros nacionales e internacionales. Como efecto de ello, se producen los movimientos masivos de capital y de todo tipo de recursos externos a los que tienen acceso los sectores privados.

De esta manera, el mundo entero se convierte paulatinamente en un mercado común, en el que el tránsito de mercaderías es cada vez más importante. Este es el fenómeno que ahora se denomina globalización, como un nuevo orden político, social, cultural y económico. El concepto de globalización ha generado una inmensa literatura de crítica y análisis a lo largo del mundo que podría ocupar una habitación completa de la reconstruida Biblioteca de Alejandría.

(6) "*Art. 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva...*". Dicha Constitución, según Bryce, se ubica dentro de la clasificación tradicional (James Bryce, *Constitución flexible y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 7-8).

(7) Curiosamente es el mismo artículo 28 que la Constitución española y peruana utilizan para el reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores.

interiores imprenta.indb 202 06/06/2017 06:37:47 a.m.

Manuel Castells caracteriza a la economía global como una realidad nueva para la historia y diferente de la economía mundial: *"Una economía mundial, es decir, una economía en la que la acumulación de capital ocurre en todo el mundo, ha existido en occidente al menos desde el siglo XVI (...). Una economía global es algo diferente. Es una economía con la capacidad de funcionar como una unidad en tiempo real y a escala planetaria"*(8). En ese sentido, se puede definir al proceso de globalización económica como la etapa actual que atraviesa el sistema capitalista mundial(9).

Esa economía sólo fue posible hacerse verdaderamente global en base al continuo avance del desarrollo tecnológico producido en todos los sectores económicos y especialmente en la informática y, sobre todo, en el área de las telecomunicaciones. El desarrollo de las telecomunicaciones, su extensión a todos los rincones del planeta y su presencia en la mayoría de las actividades, configuran una nueva era en la que la producción de manufacturas o el transporte de las mismas pueden llegar a perder relevancia frente al control, elaboración y transmisión de la información. Y "una de las consecuencias de un mundo globalizado e interconectado gracias a los adelantos tecnológicos es el hecho de que haya un continuo proceso de cambio en las necesidades productivas"(10).

2. La reforma del mercado de trabajo

Las principales reformas económicas y ajustes estructurales que se han emprendido en la región han sido: las políticas de estabilización económica, privatización de las empresas públicas y la reforma del mercado de trabajo tendientes a la flexibilización y desregulación con especial énfasis en los derechos individuales(11) y colectivos(12), privatización del sistema de pensiones. Se sostuvo que el Derecho Laboral, por movilidad institucional y normativa, debe adaptarse al nuevo contexto a través de la flexibilización o desregulación de sus normas como respuesta jurídica.

La reforma de los años 90 abarcó cuatro ámbitos fundamentales del Derecho Laboral: derechos individuales, derechos colectivos, normas procesales y dispositivos

(8) Manuel Castells, *La era de la información*, tomo I, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 120.

(9) Aunque definir el proceso de globalización no es fácil. Para unos, la globalización se hace patente solo en la economía; para otros, es la posibilidad de comunicación en tiempo real; otros, aun, ven a la globalización como homogeneización cultural. Ver al respecto, Ulrich Beck, ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo y respuestas a la globalización, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

(10) Juan Gorelli Hernández, "Descentralización productiva y ordenamiento laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador", en *Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI*, ARA Editores, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p.143.

(11) En las relaciones individuales de trabajo crece la presencia de elementos que las apartan de los modelos preexistentes ("fordismo" y "taylorismo"), renace el protagonismo del *jus variandi*, el predominio de relaciones establecidas por plazo definido, la existencia de formas de "externalización" de las funciones de la empresa y la mayor presencia de contratistas y subcontratistas o de contratos de intermediación.

(12) En cuanto a las relaciones colectivas de trabajo, podemos señalar que las circunstancias mencionadas han generado un decrecimiento del número de trabajadores asociados sindicalmente y de los cubiertos por convenciones colectivas negociadas. Eso se debe en parte al creciente aumento del sector de servicios, en el que siempre han sido difíciles la negociación y la sindicación.

interiores imprenta.indb 203 06/06/2017 06:37:47 a.m.

sobre seguridad social a través de medidas que han modificado la relación entre trabajador y empleador, hacia un nuevo orden, cuya característica principal fue la deslaborización de dicha relación[13]. Medidas que han tratado de solucionar el problema del empleo, el incremento de la productividad, los conflictos laborales y las dificultades de la seguridad social, sin una intervención sustancial del Estado. Pero, después de su implementación, no se superó las causas de la segmentación de la estructura laboral y no representó una reconversión tecnológica ni solución de los graves problemas del empleo y de los derechos colectivos.

El principal efecto fue la multiplicidad de formas de contratación temporal con requisitos legales tan amplios que permitían su utilización en cualquier circunstancia. Esta temporalidad supone precariedad en el empleo porque aumenta la incertidumbre en los trabajadores e introduce un elemento de ineficiencia en la relación laboral[14].

Además, muchos de los trabajadores despedidos fueron reemplazados por jóvenes a través de contratos temporales o bajo programas de formación profesional, privados absolutamente de derechos básicos de nivel individual y colectivo como la organización sindical, o a través de diversas formas de intermediación como eran las cooperativas de trabajo y las empresas de servicios complementarios[15].

IV. IMPACTO DE LOS CAMBIOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y ORGANIZACIÓN SINDICAL: EL PASO DE LA CONFRONTACIÓN AL DIÁLOGO SOCIAL

Los grandes cambios, provocados por la globalización de la economía y la reforma del mercado de trabajo, tuvieron un impacto directo en las organizaciones sindicales y la negociación colectiva, a pesar de los invalorables esfuerzos para enfrentarlos fueron afectados seriamente en su capacidad de representación que tuvieron que plantearse nuevos retos y adaptarse a las circunstancias, pasando de la estrategia de confrontación al diálogo como desarrollaremos a continuación.

1. Crisis de representación de la organización sindical

El sindicalismo nació conjuntamente con el desarrollo de la sociedad industrial[16], en la que el Estado era el principal centro de poder decisorio y el modelo

(13) Al respecto, ver Leopoldo Gamarra Vílchez y Francisco Alemán Páez, *Dos Modelos de Reforma Laboral: Perú y España*, Edial, Lima, 1998.

(14) Cecilia Garavito, *Intervención del Estado en el mercado de trabajo: Ley de Fomento del Empleo*, documento de trabajo 125, Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, marzo 1996, p. 18. Así, en cuanto a formas de contratación, Perú pasó a tener uno de los mercados de trabajo más flexibles del ámbito latinoamericano.

(15) Ver el trabajo de Francisco Ercilio y Konrad Valladares Villarán, *Desregulación y discriminación en las relaciones laborales, los sectores textiles, confecciones y agroexportador en el Perú 1978-2011,* CEDAL, Lima, 2013.

(16) Como hechos históricos de esa etapa tenemos: La ley obrera aprobada por el Parlamento Británico en 1802, la primera "marcha de hambre" en Londres en 1817, la protesta de 80,000 trabajadores en Peterloo (Inglaterra) y luego la masacre a los participantes en 1819, el movimiento Cartistas en Inglaterra en 1839, la sistematización de las reinvindicaciones de los trabajadores en el Manifiesto Comunista en 1848, la Primera

interiores imprenta.indb 204 06/06/2017 06:37:47 a.m.

de producción, posteriormente se consolidó con el sistema taylorista-fordista y, en las tres últimas décadas, se encuentra en un proceso profundo de transformación.

Entonces, son varios los hechos que han determinado el paso de un capitalismo industrial a un capitalismo globalizado, especialmente la comunicación en tiempo real que ha modificado absolutamente todo, afectando a una institución como es el sujeto colectivo que tiene larga data. Ese panorama socio-económico, provocó una crisis de la conciencia del trabajador fundamentada sobre todo en una cada vez más heterogénea fuerza de trabajo por la temporalidad y subcontratación, que incide también en una estructura de clases diferentes y diluye objetivos, vivencias y problemáticas en el seno de los trabajadores, rompiendo la unidad sindical que fue táctica del movimiento obrero en la era industrial.

Además, la segmentación del mercado de trabajo generó consecuencias negativas a la organización sindical en cuanto a su ejercicio pleno, dada que las distintas categorías de trabajadores tienen distintas normas que posibilitan la reiterada violación de sus derechos laborales y por tanto el repliegue de la organización sindical para defender sus derechos a través de la huelga. Esto agudizó la seria crisis ideológica, organizativa y de representación de los trabajadores. Y las empresas transnacionales tienen la posibilidad de mudarse a otro lugar, sin necesidad de perder sus conexiones con el mercado o con la red de producción(17). De este modo, tanto si utiliza la automatización para sustituir la mano de obra, como si obtiene concesiones bajo la amenaza de automatizarse o cambiar la empresa de lugar, "el capital se sirve de las nuevas tecnologías para liberarse de los límites impuestos por las organizaciones laborales"(18).

También, el proceso de globalización afectó el papel del Estado y su relación con sus interlocutores sociales, como son los sindicatos, especialmente en las economías menos desarrolladas tanto en su poder como en el deterioro de su autoridad, reduciéndose en beneficio del capital transnacional(19). Se reconoce la existencia de un mercado mundial, de este modo la globalización implica un nuevo patrón de acumulación diferente al que se instauró después de la segunda guerra mundial. En este mundo globalizado, asistimos "a un incremento inusitado de la corrupción, del narcotráfico, y a un auge del comercio legal o ilegal de armas, todo lo cual contribuye al clima de zozobra, intranquilidad y fragmentación social"(20).

Internacional Socialista en 1864, La Comuna de Paris 1871, la lucha por las ocho horas en Chicago en 1876, el reconocimiento de los seguros sociales (con el Gobierno de Bismarck) en 1883, y la posición de la Iglesia con la Encíclica Rerum Novarum en 1891, etc.

(17) En cuanto a la relación de la organización sindical con las transnacionales ver Hilda Sánchez, *Flujos internacionales de capital, empresas multinacionales: una perspectiva sindical,* OIT, Lima, 2001.

(18) Manuel Castells, *La ciudad informacional: Tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano regional*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 60.

(19) Samir Amin, *El capitalismo en la era de la globalización*, Ed. Paidos, Barcelona, 2000.

(20) Naúm Minsburg, Transnacionalización, crisis y papel del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, en *Tiempos violentos: neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina*, Atilio Boron y otros (compiladores), Ed. CLACSO, Buenos Aires, 2004, p. 34.

interiores imprenta.indb 205 06/06/2017 06:37:47 a.m.

2. Nuevos retos y nueva estrategia en la negociación colectiva

En ese contexto y junto a los valores y motivaciones que impulsaron la lucha sindical en el siglo pasado, comenzaron a intervenir nuevas formas de empleo, que unido a la diferenciación de categorías en el seno de los trabajadores, influyeron en los nuevos retos y la nueva estrategia del sindicalismo y negociación colectiva que fue pasar de la confrontación al diálogo social, como veremos en seguida.

Vínculos del movimiento sindical a escala mundial

En efecto, a medida que avanzaba la globalización y a pesar de la crisis económica, los sindicatos se vieron cada vez más obligados a fortalecer sus vínculos a escala mundial especialmente con organizaciones de derechos humanos, la Sección Global de los Pueblos, el Foro Social Mundial(21) y otros colectivos(22); bien se trate frente a las empresas transnacionales o frente a la integración económica regional o la búsqueda de un proyecto alternativo de civilización(23).

Así se empezó con la creación de normas internacionales que se conocen bajo la denominación de "cláusula social" como restricciones comerciales y respeto de derechos laborales básicos, en el comercio internacional. Estas cláusulas sociales deben contener derechos laborales mínimos de alcance mundial, regional o por rama de actividad que deben ser respetados a través de los acuerdos comerciales entre los países.

En efecto, en el mes de abril del 2000 se suscribió el Protocolo Social de Telefónica de España y la Unión Network International (UNI) que a través de UNITelecom agrupa a todos los trabajadores de telecomunicaciones en el mundo, como respuesta a las transformaciones profundas atravesadas por la sociedad de los servicios y de los conocimientos causadas por la interconexión a escala mundial del trabajo. Este Protocolo reconoce, entre otras iniciativas, "la negociación de un

(21) En este foro, los sindicatos han participado activamente como en Seattle (Washington, Estados Unidos), Niza (Francia), Porto Alegre (Brasil), Nápoles (Italia). Es decir, la respuesta más visible en estas circunstancias ha sido el surgimiento de movimientos "antiglobalización". Desde el primer Foro Social Mundial realizado en Porto Alegre en enero del 2001, el fenómeno de los foros sociales se ha extendido a todos los continentes. El foro ha favorecido a la emergencia de un espacio público planetario de la ciudadanía y de sus luchas; así como la elaboración de propuestas.

(22) Destaca el movimiento verde que surgió a raíz de la crisis ecológica global generada por el impacto del sistema socioeconómico sobre la biosfera, donde el debate se asocia a la puesta por unos modelos de consumo y actividad productiva ecológicamente razonables.

(23) La primera internacional promovida y organizada por Carlos Marx, fue pionera en intentar unir al proletariado a nivel mundial: "*Proletarios del mundo, uníos*", como certeza de la universalidad de la condición de los trabajadores del proyecto de un mundo nuevo. Dicha propuesta es central para el futuro del movimiento de los trabajadores. Así, en el 18 Congreso de la CIOSL, realizado en Miyazaki (Japón) del 5 al 10 de diciembre de 2004, se aprobó "*globalizar la solidaridad construyendo un internacionalismo sindical realmente eficaz...*" (Resolución N° 1, 18 Congreso Mundial de la CIOSL).

interiores imprenta.indb 206 06/06/2017 06:37:47 a.m.

código de conducta"[24] para mantener los derechos sindicales y laborales en todas las actividades de Telefónica a nivel mundial.

También el sindicalismo y las federaciones internacionales, como la CIOSL antes y ahora la CSI[25], vienen planteando los compromisos empresariales mundiales denominados Acuerdos Marcos Internacionales (AMI). Estos AMI abarcan toda la cadena de producción de una empresa global, incluyendo a la red de sus filiales en el mundo; en ese sentido supera como instrumento a los Códigos de Conducta que generalmente son unilaterales.

Las centrales sindicales frente a las ETN se ven obligadas a elaborar reivindicaciones prioritarias referentes al reconocimiento de derechos sindicales y convenios colectivos mundiales, superando además las diferencias en que la integración de los países en bloques regionales las enfrenta en cada movimiento sindical. Para las organizaciones sindicales la integración representa un valor que es parte de su propia aspiración histórica como organización a fin de cimentar la solidaridad, como quedó plasmado en los acontecimientos de 1848[26]. De esta manera, la superación de las complejas circunstancias económicas globales exige la colaboración a nivel de la empresa tanto nacional como internacional.

Las negociaciones colectivas y los acuerdos tripartitos

Los sindicatos, superando el pesimismo y la resignación, se plantean el reto de "reconocer a ese otro como parte de una identidad colectiva(...) que puede llegar a ser una forma de salir democráticamente al encuentro y la invitación que nos plantea la globalización"[27]. Así, ahora en esa coyuntura transicional, entre una sociedad post industrial y una nueva época, los sindicatos tienen el reto de variar sus estrategias e incluso metas, atendiendo a otros colectivos (desde la diversidad que hoy

(24) Muchas transnacionales se guían por Códigos de Conducta propios o por adhesión a otros globales, asumiendo con ellos compromisos medioambientales y sociales. En el Perú, el caso emblemático se dio el 2006: la empresa Topy Top de capital peruano es proveedora de Indetex y GAP, grandes empresas mundiales de la confección que tienen Códigos de Conducta en los que expresamente se incluye la obligación de los proveedores de respetar los derechos básicos del trabajo, entre ellos el de la libertad sindical y negociación colectiva. El caso es que Topy Tope, ante el intento de los trabajadores de organizar un sindicato en la empresa para negociar mejores condiciones de trabajo, despidió a más de 83 de ellos. Ante esta situación los trabajadores denunciaron las graves vulneraciones de los derechos laborales directamente a la FITEQA - CCOO desde el Perú. La respuesta fue inmediata "*Indetex y GAP señalaron que tienen Códigos de Conducta sobre las normas fundamentales de trabajo en toda su cadena de producción y plantearon que la relación comercial con la empresa peruana estaba supeditada a las buenas prácticas laborales y al respeto de los derechos de los trabajadores (...). Topy Top aceptó y todas las partes firmaron un acuerdo*" (El Dominical de La República, p. 18 y 19).

(25) Se unificaron la CMT y la CIOSL siendo ahora una sola organización: la Central Sindical Internacional.

(26) Especialmente en El Manifiesto Comunista como formulación madura del movimiento político - social denominado marxista. El autor del documento, Carlos Marx, parte de su profundo estudio de la filosofía clásica alemana, la economía política inglesa y las corrientes del socialismo utópico francés para elaborar no sólo la teoría política, económica y social más revolucionaria de todos los tiempos, sino también un completo sistema filosófico destinado a lograr la liberación del hombre y su desarrollo armónico y omnilateral en el seno de la naturaleza y la sociedad.

(27) Marín Hopenhayn, "La aldea global entre la utopía transcultural y el ratio mercantil", *en Globalización y diversidad cultural,* Ramón Pajuelo y Pablo Sandoval (Compiladores), Ed. IEP, 2004, pág. 431.

interiores imprenta.indb 207 06/06/2017 06:37:48 a.m.

existe en la escena laboral) y no sólo en un plano puramente cuantitativo (salarios, jornada laboral, etc.) sino también desde un plano cualitativo, interesándose más por los nuevos valores emergentes en la sociedad del momento[28].

Por ello, es importante el debate actual del nuevo concepto de los "movimientos sociales del sindicalismo", como alternativa al sindicalismo tradicional especialmente confrontacional[29]. Se trata de una nueva teoría y estrategia para superar la crisis actual del sindicalismo que supone ampliar los sujetos colectivos porque hoy en día tenemos nuevos modos, nuevos tipos de contrato, nuevas instituciones jurídicas de relación laboral que, evidentemente, hacen que no encaje con el esquema tradicional del sindicato.

De esta forma el sindicato se planteó ampliarse, reconocer a los trabajadores autónomos, a los trabajadores de intermediación, es decir, que estos también se incluyan sindicalmente, incluso hasta los desempleados son llamados a estar organizados en estos sindicatos. Asimismo, la respuesta sindical pasa también necesariamente por una ampliación de sus preocupaciones, que antes se reducían a los salarios, las condiciones de trabajo, la jornada laboral etc., para considerar e intervenir sobre la gestión en la producción, sobre la economía internacional, sobre las nuevas realidades del mundo, interesándose no sólo en el núcleo de trabajadores estables marginales.

De esta manera, el sindicalismo actual plantea alternativas viables, pasando del plano puramente reivindicativo al plano político de la concertación social y al plano internacional.

No descartan las soluciones negociadas y los acuerdos tripartitos sobre temas concretos. Para los países Latinoamericanos y, especialmente para el Perú, tiene mucho sentido esta estrategia de concertación social en tanto nos encontramos en democracia, que puede legitimar el rol y la representatividad de los actores colectivos en el sistema de relaciones laborales.

En ese sentido, es importante resaltar que la concertación y el tripartismo son instrumentos que contribuyen a consolidar la democracia en nuestros países y a crear una nueva cultura de las relaciones laborales. Finalmente, debemos señalar que es fundamental que los trabajadores sindicalizados, especialmente en períodos de crisis económica(30), tengan que convertirse y transformarse en interlocutores válidos frente a los poderes públicos.

---

(28) En este sentido, es interesante observar el comportamiento de las organizaciones sindicales en el contexto europeo en los años 90. Al respecto ver la obra de Mike Rigby y Rafael Serrano Del Rosal*, Estrategias sindicales en Europa: convergencias y divergencias*, CES, Madrid, 1997.

(29) Peter Waterman, *Los nuevos tejidos nerviosos del internacionalismo y la solidaridad,* Programa de Estudios sobre democracia y transformación global, Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006, p. 63.

(30) No obstante, para el sindicalismo no es la primera vez que está inserto en una crisis económica y social. Por ello, buscan nuevos mecanismos de participación. De ese modo se constituyen en interlocutores válidos que tengan fuerza para no solamente negociar sino tener una presencia activa en el mundo de la democracia,

interiores imprenta.indb 208 06/06/2017 06:37:48 a.m.

El diálogo social como estrategia

En el contexto desarrollado es interesante la idea del diálogo social en perspectiva a desarrollar actitudes y aptitudes hacia una relación tripartita entre el Estado, los trabajadores y los empleadores, con la finalidad de afianzar la democracia, consolidar la paz social-laboral, contribuir a la modernización del Estado, ampliar la participación, y sustentar la transición hacia nuevos modelos de desarrollo económico. Esto significó replantear la representación de los intereses económicos de los sindicatos con el Estado.

En realidad, desde fines de la I Guerra Mundial en Europa –en medio de la crisis económica e incertidumbre– se abrió el camino de la concertación social. "(..) Se trataba de aprovechar la experiencia bélica para proyectar un modelo organizado en forma piramidal que incorporara a los portavoces de todos los sectores de la producción, y que, lejos de buscar la hegemonía proletaria, contribuyera a una mejor asignación de los factores y a un incremento de los recursos productivos que beneficiara a toda la sociedad"(31).

El término tripartismo es producto de la creación y funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo. La OIT, es en sí misma un organismo tripartito, vale decir que su propia existencia –que data de 1919– está condicionada a la representación, en condiciones idénticas de derechos y deberes, de los representantes del gobierno, de los empleadores y de los trabajadores.

"La acepción actual del tripartismo ha sido desarrollada por este organismo. En dicha acepción no solamente basta la confluencia en una mesa de conversaciones de las tres partes involucradas, sino que se tienda a la colaboración o cooperación entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y trabajadores. Con lo cual, más que una propuesta de entendimiento, se alcanza una de acción conjunta y se estimula que ésta vaya creciendo en su nivel de alcances desde la eventual consulta en el ámbito local, hasta la institución de organismos nacionales permanentes con poderes normativos y jurisdiccionales"(32).

De este modo, el procedimiento del diálogo social entre los representantes de los trabajadores y de los empleadores con participación de los representantes del Estado, de carácter tripartito, para adoptar decisiones en el ámbito de las relaciones laborales, se denomina concertación social. "En ella se asumen compromisos, los agentes sociales sobre su conducta futura en la negociación colectiva, aquél

---

en el mundo político y económico que es lo más importante. Asimismo, en los nuevos temas de la empresa (Jordi García Viña, "Los mecanismos negociados de implantación de la responsabilidad social empresarial en España", en la Revista Actualidad Laboral, N° 13, julio 2011, p.1550-1569).

(31) Francisco José Martínez Mesa, *El Consejo de Economía Nacional: Un estudio sobre el origen de la representación de los intereses económicos en el Estado español*, CES Colección Estudios, Madrid, p.12.

(32) Luis Aparicio Valdez, "Promesa y realidad del Tripartismo", en *Siete años de Diálogo Socio Laboral: Consejo nacional de Trabajo y Promoción del Empleo 2001-2008,* Ministerio de Trabajo y promoción del Empleo, Lima, enero 2008, p.25.

interiores imprenta.indb 209 06/06/2017 06:37:48 a.m.

sobre su ejercicio de la potestad reglamentaria o de propuesta de leyes, que, en definitiva, modularán las condiciones económicas y laborales"[33].

V. LOS INTENTOS DE DIÁLOGO SOCIAL EN EL PERÚ

En esta parte se trata de explicar los intentos de Diálogo Social en el país como estrategia tripartita ante los cambios y las nuevas exigencias. Concretamente desarrollaremos el antecedente de 1930, la instalación del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo y los problemas de institucionalidad en cuanto a su viabilidad y funcionamiento.

1. Desde 1930 con la propuesta de un Congreso Económico Nacional

Como antecedente del Diálogo Social en el Perú, tenemos la propuesta en el año 1930 del partido Aprista de la creación de un Congreso Económico Nacional con el objeto de reunir al capital, al trabajo y al Estado a fin de responder de manera técnica y consensuada a los problemas de la inversión, el empleo y el aprovechamiento de los recursos para el desarrollo.

Otro antecedente es de 1945 con la creación de un Comité Tripartito encargado de los ajustes salariales en la industria textil e integrada por la Federación de Trabajadores en Tejidos del Perú, el Comité Textil de la Sociedad Nacional de Industrias y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas. Luego en 1957 se creó a través de un Decreto Supremo del 8 de noviembre de 1957 el Consejo Nacional de Trabajo, en virtud del artículo 181 de la Constitución de 1933.

El 21 de marzo de 1969, se creó el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo a través del Decreto Ley 17524, como órgano consultivo del despacho ministerial de Trabajo para emitir opinión sobre los asuntos laborales de carácter nacional. En la década de los 70, con el Decreto Ley 19040, Ley Orgánica de Trabajo, reglamentada en 1973 por el Decreto Supremo 018-73-TR, se creó un nuevo Consejo Nacional del Trabajo con fines igualmente consultivos en materias de empleo y remuneraciones[34].

En el segundo gobierno de Fernando Belaunde Terry, se planteó la "concertación Social" a través del Decreto Legislativo 140, en materia laboral al sector sindicalizado, como parte de la modificación de la estructura del Ministerio de Trabajo. Y por Ley 23235 se creó la Comisión Nacional Tripartita con la finalidad específica de estudiar los casos de reposición de los trabajadores despedidos a raíz del paro

(33) Antonio Martin Valverde, "Concertación y diálogo social en 1996", en la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 3, Madrid, 1997, p. 155.

(34) El Consejo constituyó una plataforma institucionalizada de diálogo entre actores sociales y el gobierno, orientada a armonizar las relaciones laborales, mejorar el estándar de vida de los trabajadores y materializar las condiciones apropiadas para el desempeño de una eficiente actividad empresarial, que genere empleo digno y productivo.

interiores imprenta.indb 210 06/06/2017 06:37:48 a.m.

nacional del 19 de julio de 1977. Esta Comisión fracasó por problemas políticos. Luego, se encomendó por R.S.002-81-TR, a dicha Comisión la formulación de una política de precios y salarios. Obviamente no era posible concertar sobre salarios y sueldos con una inflación galopante y una recesión como la que sufrió el país. Asimismo, en el gobierno de Alan García, el Ministerio de Trabajo planteó el Desarrollo Económico y Social en donde los trabajadores y empleadores eran considerados como socios de la producción, idea que tampoco funcionó.

Es decir, los mencionados antecedentes tuvieron un carácter muy distinto del que hoy puede pretenderse. Por la doble circunstancia en que nos encontramos: un proceso económico con dificultades de seguir creciendo y un movimiento sindical dispuesto a dialogar por la construcción de una sociedad democrática, y ésta como idea significa, precisamente, la participación ciudadana, en la que, sin duda, el diálogo social es fundamental.

2. Instalación del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo

El 4 de enero de 2001, con el retorno a la democracia durante el Gobierno de Transición de Valentín Paniagua, se instaló el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Y el año 2002, mediante la Ley 27711 se estableció el marco normativo en el que se desenvuelve el Consejo como entidad de concertación social que busca promover el diálogo entre los representantes del gobierno, gremios empresariales y organizaciones sindicales. Y está integrado por el Ministro, quien lo preside, y por los representantes de los trabajadores y empleadores.

El principal reto del citado órgano consultivo fue restablecer el diálogo después de confrontación política y social y tiene por objeto *"la discusión y concertación de políticas en materia de trabajo, de promoción del empleo y de protección social en función del desarrollo nacional y regional. Asimismo, será de su competencia la regulación de las remuneraciones mínimas vitales"*[35].

Por ello, fue y es muy importante dicha medida de fomentar el diálogo tripartito, con la finalidad de contribuir a la modernización del Estado y ampliar la participación de las organizaciones de los trabajadores y empleadores en la consolidación de la democracia en el país.

En efecto, el Diálogo Social es una de las instituciones más importantes del mundo del trabajo que asociado a la participación ciudadana[36], consolida y fortalece la democracia. Pero supone políticas públicas claras para enfrentar los

(35) Artículo 13 de la Ley 27711, Ley del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, promulgada el 29 de abril de 2002, modificada por Ley 28318 del 9 de julio de 2004 que establece la competencia del Consejo Nacional de Trabajo.

(36) El concepto de ciudadanía nos remite a la posesión de derechos y pertenencia a un colectivo. Al respeto, ver Leopoldo Gamarra Vílchez*, La ética laboral y ciudadana*, CEP-Instituto Bartolomé de las Casas, Lima, diciembre 2012.

interiores imprenta.indb 211 06/06/2017 06:37:48 a.m.

problemas sociales que afectan al país y requiere el fortalecimiento y respeto de las organizaciones sindicales y de los empleadores.

Cabe señalar que a fines de los años 90, el Consejo Económico y Social de España ofrecía las bases teóricas del diálogo social y de la concertación como factores de la consolidación democrática, del desarrollo económico y de la cohesión social. Además, hacía seguimiento de los avances logrados en materia de diálogo social en el área Iberoamericana(37). Asimismo, es política de la OIT promover la institucionalización del diálogo social como parte de la promoción del Trabajo Decente. Específicamente, en materia de negociación colectiva, plantea "la generación de un marco adecuado y el logro de compromisos de los actores sociales en coherencia con la necesidad de impulsar de forma permanente la productividad y mejorar las condiciones de empleo y los ingresos de los trabajadores"(38).

3. Problemas de institucionalidad: falta de liderazgo y de normas heterónomas

La viabilidad y funcionamiento del Diálogo Social a través del CNT necesita del liderazgo del Estado en la perspectiva tripartita como también de la regulación jurídica que incentive y sea un motor importante de dicha institución. Como veremos a continuación.

Falta de liderazgo del Estado

En estos años de funcionamiento del CNT, nadie puede negar lo interesante y positivo de esa experiencia. Aunque, por desgracia, en el gobierno anterior cayó en problemas burocráticos por falta de iniciativa de los representantes del Ministerio de Trabajo y de Economía para situar el empleo al mismo nivel y prioridad que otras políticas en la agenda económica. Esperemos que este nuevo gobierno supere ese problema.

Y lo más grave es la falta de formación de los actores sociales para que sean capaces de actuar según su propio beneficio y el de la sociedad, que valoren el logro de los consensos y superen la confrontación innecesaria frente a los problemas.

No hay otra instancia donde los trabajadores puedan participar y convertir su protesta en propuestas concretas. Y una de ellas no podemos negar, a pesar de los problemas en el Consejo Nacional del Trabajo, la experiencia más importante de estos años es el trabajo tripartito: el Proyecto de la Ley General de Trabajo. Ese proyecto se trabajó aproximadamente 5 años y medio, entre trabajadores, el Estado y los empleadores, y se llegó a un acuerdo. Se llegó a aprobar más del 85% de

(37) Al respecto, ver Federico Durán López (coordinador), *El diálogo Social y su institucionalización en España e Iberoamérica,* AECI-CES Colección de Estudios, Madrid, 1998.

(38) Oficina Internacional del Trabajo, *Promoviendo el Trabajo Decente en la Américas: Agenda Hemisférica 2006-2015*, Lima, 2006, p.41.

interiores imprenta.indb 212 06/06/2017 06:37:48 a.m.

430 artículos del Proyecto de Ley; es decir, con sólo el 15% en desacuerdo que probablemente nunca se pongan de acuerdo[39].

Lo que ahora se debe pretender lograr es la construcción de una sociedad democrática como idea, lo que significa, precisamente, la participación ciudadana, en la que, sin duda, el diálogo social es fundamental. Su implementación supone contribuir en la elaboración de la política laboral por sectores, pronunciándose sobre todas las cuestiones laborales que plantee el Congreso o el Gobierno, adecuar los sistemas de reconversión a los nuevos requerimientos del mercado de trabajo, cooperar en la reducción de los efectos negativos de la modernización y reestructuración productiva sobre la fuerza de trabajo, prever la evaluación del empleo a corto, mediano y largo plazo, teniendo en cuenta diversas variables.

Todo eso a fin de orientar la capacitación que contribuya a la reconversión de una parte del personal desplazado del sector público y privado, hacer más sustentables los procesos de modernización incorporando principios de justicia social en las nuevas estrategias de crecimiento y constituir un foro de discusión constante de la política laboral, planteando soluciones, en todo lo concerniente a las relaciones laborales, y muy especial en lo relativo a políticas de empleo y diálogo social; además de incorporar principios de justicia social en las nuevas estrategias de producción.

Por su trascendencia, el CNT debería contar con la participación de la institución cuyo carácter estructural y principio que promueve es justamente el tripartismo. Esta institución podría contribuir con los especialistas en administración de trabajo, con actividades para los empleadores y trabajadores y con la promoción activa de la propuesta entre las entidades contrapartes (Estado, empleadores y trabajadores).

Nos referimos a la OIT que constantemente explicita su promoción del diálogo social como política laboral recomendable para sus miembros. Efectivamente, esa propuesta viene dada desde su propia Constitución aprobada en 1919 y con la Declaración de Filadelfia, adoptada durante la 26 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Además, después de la Cumbre de Copenhague, la OIT busca reforzar la voluntad política de los gobiernos, de los empleadores y trabajadores en lo relacionado a encontrar un equilibrio aceptable entre el desarrollo económico y las exigencias de justicia social.

De esta manera, los beneficiarios directos serían las entidades gubernamentales, las organizaciones de trabajadores, y los empleadores. Es decir, el aporte más importante podemos encontrarlo en la promoción de la cultura del diálogo entre las partes de la relación laboral.

Entonces, el hecho de que exista un espacio de institucionalidad propiciadora del diálogo tripartido a través del CNT como ente público de participación, estudio,

(39) Ver el libro *Ley General del Trabajo: Concertando voluntades, una experiencia de diálogo social,* Congreso de la República del Perú, 2007. Especialmente el tema "Diálogo y Concertación Social" de Carmen Moreno De Toro, p. 164.

interiores imprenta.indb 213 06/06/2017 06:37:48 a.m.

deliberación y propuesta, formado democráticamente con representantes de gobierno, empleadores y trabajadores, es un avance en nuestro país.

Normas heterónomas que no incentivan el diálogo social

El problema de las organizaciones sindicales en el Perú, como parte del ejercicio de los derechos colectivos, se agravó en los años 80 con una economía profundamente excluyente en el que estalló la hiperinflación pulverizando todos los registros(40). Además *"el fenómeno de la violencia política se entrelazó desde inicios de los 80 creando complejas situaciones que acentuaron los efectos de la crisis económica"*(41). Como resultado tenemos: el debilitamiento y desaparición de muchas organizaciones sindicales, en momentos que éstas atravesaban por una crisis ideológica, organizativa y de representación.

Desde la década del 90 el problema de la participación de las organizaciones sindicales en el procedimiento de las negociaciones colectivas se relaciona con el comportamiento del Estado a través de determinadas normas heterónomas, desincentivando y en oposición a las normas autónomas. Es decir, las normas heterónomas que son aprobadas por el Estado inciden muchas veces en forma negativa en la organización sindical.

Así, podemos señalar algunas normas como el caso del requisito de los 20 trabajadores para constituir un sindicato de empresa. En efecto, en un país donde tenemos más del 70% de pequeñas empresas y microempresas no es racional que se exija 20 trabajadores(42). También tenemos la dispersión sindical. O sea, no sólo es un problema de afiliación; es decir, si el Estado, un Estado democrático, lo que tiene que hacer es fomentar la organización sindical y eso supone necesariamente que la organización sindical tenga unidad para tener fuerza, por lógica además, una lógica sencilla, es que tienen que ser agrupados, tienen que ser fuertes, y eso desgraciadamente no se hace en la legislación peruana.

Para conformar una federación sólo se requiere dos sindicatos. Y más todavía, para ser confederación, que se supone es a nivel nacional, también sólo se necesita dos federaciones. Eso ha llevado a que existan más de nueve centrales sindicales de ámbito nacional. Y esto tiene que ver directamente, aparte de los problemas políticos al interior del movimiento sindical, con el TUO de la LRTC que en su artículo 36° establece el requisito para conformar organizaciones sindicales

(40) Jurgen Schuldt, *Política económica y conflicto social*, Lima: Universidad del Pacífico, 1980. También Henry Pease, *Un perfil del proceso político: a un año del segundo Belaundismo*, Desco, Lima, 1981.

(41) Nelson Manrique Gálvez, *El Tiempo del Miedo, la violencia política en el Perú 1980 - 1996*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2002, p. 260.

(42) La pregunta es ¿por qué 20? ¿Por qué no 19 ó 21? Lo que ocurre es que según los antecedentes jurídicos resulta que ese requisito se remonta al siglo XIX, exactamente a la ley francesa Waldeck-Rousseau que reconoció por primera vez en el mundo el derecho de organización sindical de los trabajadores. En dicha ley de 1884, se señala en su segundo artículo específicamente el requisito de los 20 trabajadores para formar un sindicato. Claro, eso es algo emblemático, quedó ahí, pero no hay ninguna razón técnica, digamos, menos jurídica para tener ese número, más todavía en una realidad como la mencionada.

interiores imprenta.indb 214 06/06/2017 06:37:48 a.m.

de niveles mayores. Con esto no se ayuda al movimiento sindical porque no se puede tener tantas confederaciones que a la larga simplemente nos lleva a ese adjetivo tan despectivo en América Latina, "los sindicatos de bolsillo".

Por otro lado, tenemos el artículo 61 del TUO de la LRTC que establece, ante el fracaso de la negociación directa, la posibilidad de someter el diferendo a arbitraje. Por su parte, según el artículo 62, *"los trabajadores pueden alternativamente declarar la huelga"*. En ese sentido, cualquiera de las partes puede someter la controversia a arbitraje –con lo que sería de carácter voluntario– pero vinculando la decisión de los trabajadores al empleador. Pero resulta insuficiente la solicitud unilateral de los trabajadores para exigir la suscripción del compromiso arbitral que dé inicio al arbitraje.

Esta situación, dentro del marco de un modelo negocial disyuntivo propuesto por la LRCT: huelga o arbitraje, como últimos medios para la solución de la negociación colectiva, plantea un tercer escenario: el conflicto abierto, es decir, la posibilidad que las negociaciones no culminen en una solución. En definitiva, la negativa del empleador de someterse al arbitraje propuesto por la representación laboral, no posibilita el ejercicio de las formas de solución pacífica(43). Además, en el caso que los trabajadores hubiesen optado por ejercer el derecho de huelga, el TUO de la LRTC establece que para someter el diferendo a arbitraje se requerirá la aceptación del empleador (artículo 63).

Solo en el Perú, se da este caso muy curioso que el sindicato opta por la solución pacífica, quiere el arbitraje y el empresario no acepta, entonces obliga al sindicato a la huelga como conflicto. Es decir, se deja en manos del empleador decidir si hay arbitraje o no; perversamente se logra que solo el sindicato fuerte se declare en huelga y el sindicato débil se quede sin negociación colectiva. Esta situación contradice el espíritu del artículo 28 de la Constitución. El conflicto laboral debe solucionarse promoviendo la solución pacífica. El Estado no es un espectador pasivo del conflicto laboral, tiene un rol activo, tiene que promover que se solucione, lo cual demuestra que el constituyente quería claramente que el conflicto laboral se trate de encauzar, no adopta la teoría que el conflicto laboral se congele, sino que el conflicto se solucione, que termine.

En ese sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional en la Sentencia 008-2005 cuando señala que el arbitraje y demás normas de solución pacífica de los conflictos laborales, están destinados a que el conflicto laboral se solucione y ha interpretado, en varias sentencias, que la noción de que el Estado debe fomentar la negociación colectiva está inspirada en el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo(44).

(43) El propio TUO de la LRTC y la doctrina del Derecho del Trabajo reconocen las formas de solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo: la conciliación, la mediación y el arbitraje (Ricardo La Hoz Tirado y Leopoldo Gamarra Vílchez, *Conflictos Colectivos de Trabajo y Sistemas de Solución*, Ed. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1995).

(44) Guillermo Boza Pro, *Lecciones de Derecho del Trabajo,* Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p.78.

interiores imprenta.indb 215 06/06/2017 06:37:48 a.m.

Entonces, el "*Diálogo y concertación no pretenden ignorar el conflicto social, aunque tampoco exaltarlo; su pretensión es la de abordar el conflicto y darle una solución aceptable por los contendientes*"[45]. El diálogo social es un método complementario a los procedimientos formales regulados por la ley y surge desde el momento en que a las organizaciones sindicales y gremios empresariales son reconocidos como institución por el Derecho del Trabajo.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Después de todo lo mencionado podemos concluir que es importante el Diálogo Social en nuestro país para consolidar la democracia y los derechos laborales; ya que posibilita al Estado reconocer las reivindicaciones de los sindicatos y asumirlas, transformando el conflicto laboral en procesos que conlleven reformas. Por otro lado, permite que todos los sujetos participen como protagonistas e interlocutores sociales en el quehacer político, asegurando que sus intereses y expectativas sean considerados en la toma de decisiones[46]. De esta manera, el país podría pasar de una democracia formal, hacía una democracia cada vez más real.

Cabe señalar, que actualmente en el mundo, el sistema de relaciones laborales es cada vez más cooperativo y menos conflictivo, con ello no se pretende olvidar el conflicto social, pero tampoco se trata de exaltarlo innecesariamente; la idea es reconocer el conflicto y buscar una solución aceptable para las partes.

Los propios trabajadores han aceptado que el diálogo social es el cauce más adecuado para resolver conflictos y afrontar en mejores condiciones los cambios y las diferentes coyunturas por las que atraviesa la economía y el empleo, tanto para aprovechar los momentos de bonanza, como para paliar los efectos que sobre los puestos de trabajo y la competitividad de las empresas que tienen situaciones económicas negativas.

Por otro lado, un derecho e instrumento jurídico tan importante para la vida y vigencia de la organización sindical y desarrollo económico del país, como es la negociación colectiva, requiere el más amplio consenso entre todos los sectores involucrados. Por ello, consideramos que existe una tarea pendiente del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Trabajo que es promover el Diálogo Social, poniendo énfasis en los temas de su propia competencia como es la discusión y concertación de políticas en materia de trabajo.

(45) Federico Duran López, "El Consejo Económico y Social, instrumento de diálogo social", en la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 3, Madrid, 1997, p. 185.

(46) Como se establecen en el constitucionalismo contemporáneo que concibe a la Constitución y al Derecho Constitucional, como un derecho de y para el Estado Democrático y Social de Derecho (Néstor Pablo Sagües, *Teoría de la Constitución*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 91- 108).

interiores imprenta.indb 216 06/06/2017 06:37:48 a.m.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR RAMA DE ACTIVIDAD Y EMPRESAS MYPES

David Camarena Calero[1]
(Perú)

Sumario: I. Los derechos sociales como derechos fundamentales II. La negociación de las condiciones laborales III. Regulación del derecho de negociación colectiva IV. La negociación colectiva por rama de actividad V. Restricción de la negociación colectiva por rama de actividad en nuestro ordenamiento jurídico VI. La situación de las empresas MYPE VII. Propuesta de solución al problema.

El presente artículo tiene como objetivo analizar la restricción de las disposiciones legales vigentes sobre la negociación colectiva por rama de actividad, haciendo referencia al particular estado de desprotección de los trabajadores de las empresas MYPE, por verse restringidos, en la práctica social, de su posibilidad de constituir sindicatos.

(1) Bach. en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Ayudante de Catedra de Derecho Individual y Colectivo del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Estudios de especialización en la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

interiores imprenta.indb 217 06/06/2017 06:37:48 a.m.

I. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos sociales son una categoría compuesta principalmente por el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social, en toda su extensión, su contenido y eficacia han variado y se han extendido o retraído a través del tiempo, según la correlación de fuerzas de las organizaciones políticas y sindicales que representan a las clases sociales del sistema capitalista(2), sobre el que se cierne el ordenamiento jurídico y se desarrollan las relaciones sociales.

El derecho del trabajo está compuesto, a su vez, por el derecho individual del trabajo, que está dirigido a fijar condiciones mínimas para celebrar contratos de trabajo, por el derecho colectivo del trabajo, que está destinado a garantizar la existencia de organizaciones de trabajadores para la defensa de sus intereses, el derecho procesal del trabajo, etc.

El derecho a la seguridad social está dirigido a regular las instituciones destinadas a proteger a la población ante los riesgos sociales existentes, como la vejez o la enfermedad, mediante prestaciones como el régimen pensionario o los seguros de salud, por ejemplo.

Estos derechos surgieron en el Siglo XIX como respuesta a la denominada "cuestión social", denominación que recibió la situación de miseria extrema, desempleo permanente, carencia de protección legal e inferioridad política que sufrió la clase obrera europea, como consecuencias de la primera revolución industrial, el auge del sistema de relaciones de producción capitalistas y la lógica de igualdad formal reinante en el naciente derecho civil, que era su expresión jurídica(3).

Los derechos sociales fueron desarrollándose paulatinamente, llegando a elevarse a la categoría de derechos fundamentales en la primera parte del Siglo XX, producto del enorme movimiento obrero existente en el mundo(4).

Este proceso comenzó con la aprobación de la Constitución Mexicana, aprobada el 31 de enero de 1917 en la ciudad de Querétaro, como respuesta a los reclamos de obreros y campesinos mexicanos que, bajo el lema de "Tierra y libertad", habían pasado de luchar por la no-reelección de Porfirio Díaz a exigir cambios en la estructura social y económica(5).

El Artículo 137°, del Título Sexto "Del Trabajo y de la Previsión Social", de esta Constitución están contenidos 30 numerales donde se reconocen importantes derechos como los relativos a la jornada laboral máxima de ocho horas, a la estabilidad

(2) YON-CAEN, Gérard. Manuel du droit du travail et de la sécurité sociale. Paris: Librairie générale de droit et de la jurisprudence. 1955, N° 1.

(3) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo. Teoría General.* 2° edición. Lima: Griyley, 2007.

(4) LYON-CAEN. Gérard. *"Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée" en Le Droit Ouvrier. Nueva Serie. N° 667. Febrero 2004. Paris: Confédération Générale du Travail.*

(5) MARIÁTEGUI, José Carlos. *"La revolución mexicana" en Historia de la Crisis Mundial.* 5° edición. Lima: Amauta, 1978.

interiores imprenta.indb 218 06/06/2017 06:37:48 a.m.

laboral, al descanso post natal para las mujeres, un salario mínimo, a la libertad de asociación en defensa de intereses, a la huelga, etc.

La revolución de octubre de 1917 en Rusia, liderada por Lenin y los bolcheviques tuvo como consecuencia el surgimiento de la primera república socialista, la URSS, y por toda Europa y el mundo se extendieron los ánimos revolucionarios para cambiar el sistema social, en algunos países esto tuvo como consecuencia jurídica el reconocimiento de los derechos sociales y la creación de la OIT.

En este contexto surge el segundo hito importante en esta evolución, la promulgación de la Constitución de Weimar de 1919, como la expresión jurídica del pacto político entre el Partido Socialdemócrata de Alemania, el Partido de Centro y el Partido Democrático Alemán, en el cual se legitimó una estructura económica capitalista conjuntamente con el reconocimiento de ciertos derechos sociales que buscaban apaciguar las innumerables huelgas y exigencias de las clases trabajadoras alemanas(6).

Este pacto político se dio en el contexto del alzamiento en armas de la Liga Espartaquista, que representaba la tendencia revolucionaria del movimiento obrero alemán y que fue derrotada por las fuerzas militares del gobierno.

En esos años surge la OIT como un organismo de concertación social internacional destinado a emitir normas que contengan derechos sociales que deberían ser reconocidos y garantizados por todos los estados del mundo, como lo mínimo aceptable por la comunidad internacional.

Luego de la crisis del petróleo en 1979, la implementación de las políticas neo liberales y la caída de la URSS y el llamado socialismo real, durante los años ’90, la correlación de fuerzas pasó a estar del otro lado(7), surgiendo el fenómeno de la flexibilización y la precarización de los derechos laborales, como ocurre en nuestro país y en América Latina.

---

(6) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Documentos Constitucionales de la Historia Universal*. Lima: EDIAL. 2003, Pg. 128.

(7) El profesor uruguayo Óscar ERMIDA URIARTE, al tratar de explicar las tendencias en la OIT, señala que “la caída del «socialismo real» modificó radicalmente el equilibrio de fuerzas dentro de la organización, en perjuicio de las posiciones del grupo trabajador. En efecto, hasta los años ochenta, los países de Europa del este a menudo votaban en bloque en los órganos tripartitos de la OIT, en línea con las posiciones de los trabajadores. Así lo hacían, por cierto, los delegados de los sindicatos, los de los Gobiernos y a menudo los de los empleadores, en tanto funcionarios del Estado. Luego de la «caída del muro» esa situación cambia radicalmente, en tanto los países del este se ubican más a la derecha que varios de los de Europa occidental.
En los órganos de la OIT, sus empresarios pasan a alinearse con el grupo empleador y la mayor parte de sus Gobiernos adoptan posiciones próximas a los de estos. El resultado es que la ecuación de poder pasa a ser claramente desfavorable a los trabajadores.” “Crítica de la Libertad Sindical” en *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. N° 68. Lima: PUCP. 2012. Esta reflexión es extensible para todo el análisis de la evolución de los derechos sociales.

interiores imprenta.indb 219 06/06/2017 06:37:48 a.m.

En el Perú la enorme distancia en materia de derechos sociales contemplados entre las Constituciones Políticas de 1979 y 1993 se entiende por el contexto político en que se realizaron las asambleas constituyentes respectivas. Durante la elaboración de la Constitución de 1979 el movimiento político y sindical de izquierda estaba en auge; mientras que en la elaboración de la segunda era prácticamente inexistente.

De este brevísimo análisis histórico, se entiende el sentido de permanente lucha que significan los derechos sociales, aunque estos hayan sido reconocidos en la Constitución o en un Tratado internacional, son necesarios altos niveles de organización sindical y política de las clases trabajadores para garantizar su respeto; en este caso, por ejemplo, el derecho fundamental a la negociación colectiva fue limitado durante una dictadura servil a ciertos intereses patronales de desmantelar los derechos conquistados durante las etapas anteriores.

II. LA NEGOCIACIÓN DE LAS CONDICIONES LABORALES

El derecho colectivo del trabajo está comprendido por una triangularidad de derechos complementarios e indivisibles entre sí, los de libertad sindical, negociación colectiva y huelga[8]. Esto se explica porque una organización sindical tiene que ser autónoma en su funcionamiento para garantizar lograr sus objetivos, entre los cuales el principal es el de reivindicar mejores condiciones de trabajo mediante la negociación con los empleadores y para lo cual tienen la facultad de ejercer el derecho huelga, como principal medio de auto tutela de sus intereses.

En ese sentido, el derecho de negociación colectiva garantiza a los trabajadores el derecho de plantear mejoras en las condiciones laborales e impone, a su vez, a los empleadores la obligación de atender a los planteamientos formulados y negociarlos, buscando arribar a un acuerdo en la forma de convención o convenio colectivo[9].

La convención colectiva es la fuente característica del derecho del trabajo, esta contiene normas de origen privado, que responden a las necesidades propias y especiales de su ámbito de aplicación, la empresa o un conjunto de estas, que complementando las normas jurídicas de origen estatal, que son abstractas y generales, deben cumplir con la finalidad de garantizar condiciones dignas de trabajo para todos.

Respecto de los inicios de la negociación colectiva en nuestro país, Francisco Gómez Valdez[10] señala que "los azucareros del norte del país presentaban sus pliegos de reclamos, haciéndolos llegar a sus patronos, a través de un cortejo de

(8) DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo.* Tomo II. 2° edición. México D.F.: Porrúa, 1974, pp. 532-533.

(9) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Colectivo.* 8° edición. Lima: Grijley. 2014. N° 143.

(10) "Reflexiones acerca de la negociación colectiva". En*: Ponencias del VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1996, Pp. 305.

interiores imprenta.indb 220 06/06/2017 06:37:48 a.m.

trabajadores de cuyo centro, impertérrito, salía una vara formada por muchas cañas de azúcar unidas en cuyo puntal se apreciaba la reclamación salarial".

Asimismo, recuerda la importancia fundamental que la negociación colectiva ha cumplido en la conquista de los derechos laborales, por ejemplo, el origen del derecho a la jornada laboral máxima de ocho horas, en nuestro país, fue reivindicada por esta vía por los trabajadores de la Dársena del Callao en 1913[11], antecedente del Decreto Supremo N° 15/01/1919, que lo reconoció para todos los trabajadores del país.

III. REGULACIÓN DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El derecho a la negociación colectiva encuentra sus fuentes en el artículo 28° de la Constitución Política de 1993, que reconoce los derechos colectivos del trabajo, de la siguiente manera:

"Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en esta última categoría se encuentran los Convenios N° 87,98 y 151 de la OIT, entre otros, y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La regulación legal de este derecho fundamental está contenida en el T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Ley N° 25593, aprobado mediante Decreto Supremo N° 10-2003-TR, el cual lo desarrolla en su Título III, junto a los otros derechos colectivos del trabajo. El Reglamento de la LRCT fue aprobado por el Decreto Supremo N° 11-92-TR, del 14 de octubre de 1992.

(11) SANTIESTEVAN, Jorge y DELGADO, Ángel. *La Huelga en el Perú. Lima: CEDYS, 1980. Citado por GÓMEZ VALDEZ, Francisco, "Reflexiones acerca de la negociación colectiva". En: Ponencias del VI Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1996, Pp. 306.

interiores imprenta.indb 221 06/06/2017 06:37:48 a.m.

La LRCT regula el procedimiento de negociación colectiva con la finalidad que ambas partes arriben a acuerdos respecto de las mejoras en las condiciones laborales.

El procedimiento comienza con la presentación del pliego de reclamos por la organización de trabajadores al empleador, o a la organización de empleadores, de manera directa, si es a nivel de empresa, o a través del MTPE si es a otro nivel, como el de rama de actividad. El pliego debe contener las propuestas de mejoras de condiciones laborales que serán debatidas por las partes.

La primera etapa es la negociación directa, consiste en la discusión de manera directa cada uno de los puntos contenidos en el pliego de reclamos, buscando llegar a consensos respecto de los mismos. La negociación puede terminar en esta etapa, si ambas partes arriban a acuerdos definitivos, pasando el acta en que figuran los acuerdos a tener carácter de convención colectiva.

Esta etapa puede concluir por decisión de cualquiera de las partes, ante esto la LRCT contempla la instalación de una junta de conciliación en donde una tercera persona, el conciliador, pasa a moderar el debate buscando que las partes lleguen a un acuerdo. Este conciliador puede hacer las veces de mediador, si así las partes lo deciden, caso en que debe presentar una propuesta de solución a la negociación, la labor del mediador concluye con la aceptación o negatoria de las partes de la propuesta formulada.

La legislación vigente establece que ante el fracaso de la conciliación los trabajadores pueden optar declarar la huelga o someter el diferendo a arbitraje, señalando que en todo momento las partes pueden reunirse por su cuenta y acordar una solución al conflicto. La huelga además puede ser declarada en cualquier momento de la negociación, o fuera de ella, siempre que se cumplan con los requisitos legales establecidos.

La solución del conflicto por medio del arbitraje consiste en la instalación de un Tribunal Arbitral que optará por una de las propuestas finales que ofrecen ambas partes, mediante la emisión de un laudo arbitral que es equivalente a una convención colectiva.

El Decreto Supremo N° 006-71-TR, que regulaba los derechos colectivos del trabajo hasta su derogación por la LRCT en 1992, contemplaba la solución del conflicto por la Autoridad de Trabajo como última etapa del procedimiento de negociación colectiva, en lugar del arbitraje.

IV. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR RAMA DE ACTIVIDAD

La LRCT reconoce que se puede negociar colectivamente a nivel de empresa, de rama de actividad o de gremio, según la representatividad de las organizaciones que participen en la negociación, tanto de los trabajadores como de los empleadores.

interiores imprenta.indb 222 06/06/2017 06:37:48 a.m.

La representación de los trabajadores se realiza normalmente por organizaciones sindicales, que pueden ser sindicatos a nivel de empresa, para lo cual se requiere como mínimo 20 trabajadores, sindicatos a nivel de rama de actividad, para lo que se requiere 50 trabajadores como mínimo, u otras formas previstas en la legislación vigente como los gremios o los delegados de trabajadores, figura prevista para los casos de empresas con menos de 20 trabajadores. Además se regula que dos sindicatos a nivel de empresa pueden constituir una federación y dos federaciones pueden constituir, a su vez, una confederación.

En el caso de la negociación por rama de actividad se deben involucrar representantes de los trabajadores, que pueden sindicatos a nivel de rama o federaciones por ejemplo, y, por el otro lado, representantes de los empleadores de una misma actividad económica.

Al respecto Óscar Ermida Uriarte(12), enumera las ventajas que, a su criterio, presenta este tipo de negociación, resumiéndolas en las siguientes:

a) Tiende a cubrir a todos los trabajadores de un sector de la economía.
b) Aproxima a las partes a la consideración de los problemas macroeconómicos, favoreciendo así el desenvolvimiento de las relaciones laborales y su funcionalidad respecto del desarrollo económico.
c) Sería más racional y menos conflictiva, al "despersonalizar" la negociación y "sacarla" de los problemas cotidianos e "íntimos" de cada empresa.
d) En los países en los que predomina la pequeña o mediana empresa, sólo la negociación por rama abarcaría a un número significativo de empleadores y trabajadores. En efecto la negociación colectiva por empresa tendrían ámbito de aplicación subjetivo reducidísimo, ya que a existencia o debilidad del sindicato en todas las empresas pequeñas y medianas, determinaría la inexistencia de convenio colectivo en las mismas.

El último punto tiene significación especial para nuestra realidad económica, debido al gran número de trabajadores que laboran en las empresas MYPE que no pueden negociar colectivamente mediante organizaciones sindicales, como se expondrá más adelante, trabajadores que de por sí ya tienen derechos laborales menores a los del régimen laboral común de la actividad privada.

Respecto de las desventajas que la negociación por rama de actividad presentaría, este autor enumera las siguientes(13):

a) Exigiría la presencia de organizaciones gremiales de empleadores suficientemente representativas.

(12) "Estructura de la Negociación Colectiva" en: *Derecho Colectivo del Trabajo. Materiales de enseñanza.* 2° Edición. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP, 1990, Pp. 208.
(13) ERMIRA URIARTE, Óscar. Ibídem, Pp. 209.

interiores imprenta.indb 223 06/06/2017 06:37:48 a.m.

b) No siempre podría considerar los problemas y necesidades específicas de cada empresa.

c) Ignoraría las diferencias de rentabilidad y de poder económico entre las empresas del mismo sector, lo que, en segunda instancia, podría llevar a fijar los beneficios convencionales al nivel de las empresas líderes de la rama respectiva, lo que, a su vez, en última instancia, provocaría la ruina de los establecimientos menores y la consecuente formación de monopolios u oligopolios.

Además señala que los dos últimos problemas se podrían solucionar mediante la articulación de convenios colectivos de nivel de empresa y nivel de rama, figura prevista por el Artículo 45° del TUO de la LRCT, y por la fijación de niveles de cumplimiento de las obligaciones convencionales según la capacidad específica de una empresa determinada.

V. RESTRICCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR RAMA DE ACTIVIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

A pesar del reconocimiento expreso de la negociación colectiva en la Constitución Política de 1993, y su indiscutible reconocimiento como humano y universal, este derecho está seriamente limitado en nuestro ordenamiento jurídico toda vez que exige la buena voluntad de los empleadores para el inicio de la negociación.

Los dos primeros párrafos del Artículo 45° de la LRCT señalan que "si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior (de empresa, rama de actividad o gremio), las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo la negociación se llevará a nivel de empresa. De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral".

Es decir, para que se negocie por rama de actividad se debe tener la aceptación de los empleadores, caso contrario la negociación deberá realizarse a nivel de empresa, como se puede prever, esta regulación legal prácticamente ha desaparecido la negociación colectiva por rama de actividad en nuestro país.

En términos exactos, ha llevado a que en el año 2013, de las 455 convenciones colectivas registradas por el MTPE a nivel nacional, solamente 2 corresponden a negociaciones iniciadas por federaciones(14), las restantes fueron producto de negociaciones a nivel de empresa.

El origen de esta restricción tiene su origen en el original Decreto Ley N° 25593, promulgado el 26 de junio de 1992 durante la dictadura fujimorista, teniendo como

(14) Consultar el cuadro N° 22 del Anuario Estadístico Sectorial elaborado por la Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones. http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_2013.pdf

interiores imprenta.indb 224 06/06/2017 06:37:48 a.m.

inspiración la legislación laboral chilena emitida durante la dictadura de Augusto Pinochet.

En opinión que compartimos, Jorge Rendón Vásquez(15) señala que "la limitación de la negociación colectiva a la empresa responde a un criterio básico de la tendencia favorable a la flexibilización del Derecho del Trabajo que rechaza la negociación por rama de actividad. El antecedente legislativo inmediato de las reglas de la LRCT es la legislación chilena del gobierno de Pinochet, cuya primera expresión fue el "Plan de Trabajo", aprobado por el D. Ley 275, del 29/6/21979. Este Plan fue reproducido y ampliado por el Código de Trabajo, aprobado por la Ley 18620, del 27/6/1987, emitida por el general Augusto Pinochet Ugarte, en el cual se añadió la siguiente innovación importante: "Sólo los sindicatos de empresa tendrán derecho de negociar colectivamente" (art. 206°). El nuevo Código de Trabajo, expedido por quien fuera presidente de la República Patricio Aylwin Azócar, publicado el 24/14/1994, reproduce esta disposición clave del liberalismo chileno. En el Perú, el gobierno de Fujimori, con otros términos, dispuso exactamente lo mismo".

Las estadísticas demuestran en el plano de la práctica social, único criterio de verdad, que la legislación impone un nivel de negociación, podemos afirmar que el derecho a la negociación colectiva a nivel de rama carece de eficacia fáctica, a pesar de estar reconocido, debiéndose buscar fórmulas legislativas que garanticen su ejercicio.

Las disposiciones de la LRCT, al dejar sin contenido el derecho de negociación colectiva, afectan al conjunto del derecho colectivo del trabajo, recordemos su carácter triangular, siendo un desincentivo para la constitución de federaciones y sindicatos de rama de actividad, puesto que una organización sindical que no puede negociar carece de sentido y atractivo para sus potenciales miembros.

En una opinión ilustrativa, Adolfo Ciudad Reynaud(16) señala que "el problema de este tipo de estructura negocial, en la que se negocia principalmente a nivel de centro de trabajo, es que la extensión personal de los convenios es generalmente muy reducida en vista de que los trabajadores de las pequeñas unidades de trabajo, por lo general, quedan al margen de la negociación colectiva, lo que es bastante significativo en la medida que la mayor cantidad de trabajadores está empleado en pequeñas empresas. Y en los casos en que la negociación colectiva es practicada también en tales pequeñas unidades de trabajo, se observa que el contenido de los convenios no se traduce en progresos sociales significativos".

(15) *Derecho del Trabajo Colectivo. Relaciones Colectivas en la Actividad Privada. 8°* Edición. Lima: Grijley. 2014. Nota N° 35.

(16) *"Estructura de la negociación colectiva" en: Quo Vadis Jus? Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo La Hoz Tirado*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, 1994, p. 321.

interiores imprenta.indb 225 06/06/2017 06:37:48 a.m.

VI. LA SITUACIÓN DE LAS EMPRESAS MYPE

Las MYPE con las grandes empresas que pueden llegar a tener alcances internacionales, cuyos niveles de inversión no pueden ser comparados.

Las empresas MYPE tienen una importancia vital en la economía nacional por el dinamismo y los puestos de trabajo que ofrecen en el mercado, en este trabajo no ahondaremos en la problemática de informalidad y precariedad laboral en que ahonda la gran mayoría de estas, entendiendo que en estas pequeñas unidades de producción también existen intereses contrapuestos entre empleadores y trabajadores, por lo que la existencia de sindicatos representativos sería importante para contrarrestar estos problemas.

El Estado buscó promover la creación y formalización de empresas MYPES mediante un la promulgación de un régimen laboral especial, con menores derechos que el régimen laboral común, y la disposición de determinados beneficios tributarios; por ejemplo, la eliminación de la CTS, las gratificaciones por fiestas patrias o navidad, el pago de utilidades, en el caso de las micro empresas, y el pago de una CTS y gratificaciones en proporciones menores a las del régimen laboral privado general, en el caso de las pequeñas empresas.

La Ley N° 28015 previó que la micro empresa podía tener de 1 a 10 trabajadores como máximo y la pequeña empresa de 1 a 50. Esto fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1086 por el que las pequeñas empresas podían tener de 1 a 100 trabajadores. La Ley N° 30056, publicada el 2 de febrero de 2013, suprimió el requisito de un número máximo de trabajadores estableciendo que las micro empresas serán aquellas con ventas anuales máximas de 150 UIT y las pequeñas empresas con ventas anuales entre 150 UIT y 1700 UIT como máximo.

Las estadísticas de la realidad concreta indican que en mayo de 2012, en Lima, se registraron 5761 microempresas donde trabajaban un total de 14813 personas[17], es decir, una media de 2.8 trabajadores por cada empresa; asimismo, a nivel nacional se registraron 14 087 microempresas y un total de 34 722 trabajadores, la media en este caso es de 2.5 trabajadores por empresa.

Respecto de las pequeñas empresas, en Lima, se registraron 529 pequeñas empresas y un total de 2579 trabajadores, el promedio es de 4.8 trabajadores por cada una de ellas, a nivel nacional se registraron 973 y un total 4 330 trabajadores, el promedio en este caso es de 4.5 trabajadores por cada pequeña empresa.

Tenemos que ningún trabajador de estas empresas puede constituir un sindicato a nivel de empresa, pues para ello se requieren 20 trabajadores. La única forma en que se pueden sindicalizar es mediante un sindicato de rama de actividad, para lo cual se requieren más de 50 trabajadores, pero estos últimos en la práctica no

(17) Información consultada en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo. http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/dnpefp/REMYPE/2012/estadistica_remype_13052012.pdf

interiores imprenta.indb 226 06/06/2017 06:37:48 a.m.

pueden negociar con sus empleadores, por las restricciones de la LRCT, como ya se expuso.

La única salida para los trabajadores sería la figura de delegatura contemplada en los Artículos 15° y 47° del TUO de la LRTC; sin embargo, esto no podría igualarse a la fuerza de negociación y organización que tendría un sindicato a nivel de rama de actividad, el cual es una persona jurídica con vocación de permanencia y promoción de los intereses de los trabajadores.

Nos encontramos entonces con una clara situación de desventaja de los 39 052 trabajadores que integran las MYPE, a quienes se les impone un régimen laboral con derechos recortados y, además, se restringe seriamente sus derechos de libertad sindical y negociación colectiva, que están reconocidos en la Constitución y que en teoría deben ser respetados.

VII. PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

El respeto del derecho a la negociación colectiva por rama de actividad es necesario para lograr una eficacia real de los derechos fundamentales en nuestro país, con mayor razón si el Perú desarrolla su economía bajo el modelo de Economía Social de Mercado, Artículo 58° de la Constitución Política, donde el trabajo es base del bienestar social, un medio de realización de la persona y se promueven condiciones para el progreso social y económico de la sociedad, Artículos 22 y 23° de la Constitución Política.

Proponemos por tanto una modificación del Artículo 45° del T.U.O. del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, suprimiendo sus dos primeros párrafos, que contienen las restricciones desarrolladas en este trabajo, dejando a salvo la parte que regula la articulación de convenios colectivos de nivel de empresa y de rama, quedando regulado de la siguiente manera:

> *Artículo 45.- Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad.*
>
> *Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa.*

La obligatoriedad de la negociación encuentra su fundamento en la necesidad de promover la negociación colectiva, en cumplimiento del mandato contenido en el Artículo 28° de la Constitución Política de 1993. La acción conjunta de las organizaciones de trabajadores está destinada a que varios sindicatos a nivel de empresa puedan negociar conjuntamente, sin necesidad de tener que constituir una federación.

interiores imprenta.indb 227 06/06/2017 06:37:48 a.m.

Uno de los problemas que se plantearon, respecto de la negociación colectiva por rama de actividad, es la diferencia entre las mejoras en las condiciones laborales que estarían dispuestas a aceptar una gran empresa y una MYPE.

Este eventual problema puede ser abordado mediante la negociación exclusivamente de empresas MYPE, excluyendo a las empresas grandes empresas, fijada mediante Ley o por la práctica misma de las organizaciones sindicales; el otro escenario planteado es que un convenio colectivo específico para las MYPE regule el grado de cumplimiento de un convenio colectivo general de un sector determinado de la economía, figura contemplada en el Artículo 45° de la LRCT.

interiores imprenta.indb 228 06/06/2017 06:37:48 a.m.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTOR EN EL PROCESO LABORAL

Domingos Savio Zainaghi[1]
(Brasil)

El principio protector es la base de todo el Derecho del Trabajo, ya que, gracias a él se establece la igualdad entre los contratantes, o sea, entre trabajadores y empleadores.

Si en las relaciones jurídicas hay una constante preocupación por la igualdad entre las partes, en el Derecho de Trabajo ésta preocupación se basa preferentemente en amparar al trabajador.

Realmente, se trata de una relación desigual. El capital es más fuerte que el trabajo. En el mundo hay mayor oferta de mano de obra que de puestos de trabajo. Por tanto el Derecho de Trabajo surgió con una flagrante y correcta opción por el trabajador. El sólo surgió para ejercer esta opción.

(1) Doctor y maestro en Derecho del Trabajo por la Universidad Católica de Sao Paulo. Post-doctorado por la Universidad Castilla-La Mancha, España. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Deportivo. Presidente honorario de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "Guillermo Cabanellas". Profesor del curso de maestría en la Universidad Gabriel René Moreno-Bolivia.

interiores imprenta.indb 229 06/06/2017 06:37:48 a.m.

Las relaciones de trabajo antiguamente regidas por el Derecho Civil, fueron estudiadas por la nueva rama del Derecho: El Laboral.

El principio protector es dividido en tres:

- La aplicación de la norma más favorable;
- La condición más beneficiosa;
- El "*in dubio, pro mísero*".

Resumidamente, podemos explicar cada uno de los "sub principios" mencionados de la siguiente forma:

I. LA APLICACIÓN DE LA NORMA MÁS FAVORABLE

En los dichos precisos de Pérez Botija, ese principio se resume así: *"En caso de pluralidad de normas aplicables a una relación de trabajo, se ha de optar por la que sea más favorable al trabajador"*.

No existe aquí la preocupación de que se obedezca a las normas de una jerarquía. Esto quiere decir que poco importará si estamos delante de una norma constitucional o una cláusula de contrato individual de trabajo.

Está claro que es así, aunque pueda parecer una desobediencia a la jerarquía de las leyes ya que las normas laborales traen un mínimo de garantía al trabajador; cuando traen un máximo éste es expresamente consignado.

En la Constitución brasileña tenemos varios ejemplos, como las vacaciones anuales. Dice el art. 7º inciso XVII de la Constitución Federal de Brasil:

> *Art. 7º - Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que vinieran a mejorar su condición social:*
>
> *XVII - gozo de vacaciones anuales remuneradas, por lo menos, un tercio a más que el salario normal;*

Nada impide que una Convención colectiva prevea vacaciones anuales con 50% de aumento.

La aplicación de la norma más favorable deberá obedecer a la jerarquía prevista en el artículo 8º de la Consolidación de las Leyes del Trabajo:

> *Art. 8º - Las autoridades administrativas y la justicia del trabajo en falta de disposiciones legales o contractuales, decidirán conforme el caso, por la jurisprudencia, por analogía, por equidad u otros principios y normas generales de derecho, principalmente del derecho del trabajo, y, además de acuerdo con los usos y costumbres, el derecho comparado, pero*

interiores imprenta.indb 230 06/06/2017 06:37:48 a.m.

siempre de manera que ningún interés de clase o particular prevalezca sobre el interés público.

Párrafo único. El derecho común será fuente subsidiaria del Derecho del Trabajo, en aquello en que no fuera compatible con los principios fundamentales de éste.

Por tal motivo, la norma más favorable aplicada individualmente a un trabajador no podrá ser desfavorable a su categoría profesional.

De la misma forma, la aplicación de la norma más favorable a una categoría no podrá ser perjudicial al interés social.

Los Tribunales brasileños aplican habitualmente este principio:

"El acuerdo colectivo de trabajo puede completar la sentencia normativa transitada en el juzgado, pero no desvirtuar sus efectos, pues las normas constituidas por esta son de mayor jerarquía. En caso de concurrencia de dos normas, se aplica la más favorable según el principio pertinente que informa el Derecho del Trabajo (TRT 12ª R-La T-Ac. Nº 2562/90-Rel. Juez J. F. Cámara Rufino)"

"La complementación de los proventos de la jubilación es regida por las normas en vigor en la fecha de admisión del trabajador, observándose las modificaciones posteriores, siempre que sean más favorables al beneficiario del derecho" (Res. Nº 21 del 11.3.88, DJ del 18.3.88)"

II. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Por éste "sub principio" se le asegura al trabajador que las condiciones más beneficiosas prevalecerán en caso de modificación de las mismas por el empleador. Aclarando: si un trabajador es contratado sobre un reglamento de empresas, las alteraciones contenidas en éste que le sean perjudiciales no valdrán; tal aplicación sólo puede darse a los nuevos empleados.

Otro punto que merece atención es que la condición más beneficiosa debe haber sido estipulada con carácter permanente y no provisorio, como por ejemplo, en las Convenciones Colectivas.

En el derecho brasileño tenemos el párrafo único del artículo 468 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, lo cuál certifica que *"no se considera alteración unilateral la determinación del empleador para que el respectivo empleado vuelva al cargo efectivo, anteriormente ocupado dejando el ejercicio de función de confianza"*.

Como vemos, el trabajador que es revertido al cargo anterior, perderá las ventajas de confianza (incluso el salario).

interiores imprenta.indb 231 06/06/2017 06:37:48 a.m.

Otro ejemplo es el previsto en el artículo 469, de la misma Consolidación de las Leyes del Trabajo, el cual prevé que los empleados que sean transferidos provisionalmente tendrán derecho a un aumento salarial mínimo de 25%. Cesando la transferencia, se retira el referido aumento.

Por otro lado, la Consolidación de las Leyes del Trabajo trae en su propio artículo 468 la aplicación de la condición más beneficiosa.

> *"Art. 468-En los contratos individuales de trabajo sólo es lícita la alteración de las respectivas condiciones por mutuo consentimiento siempre que no resulten, directa o indirectamente perjudiciales al trabajador, bajo la pena de nulidad de la cláusula infringente de ésta garantía."*

Y el Tribunal Superior del Trabajo, órgano máximo de la Justicia del Trabajo en Brasil, tiene jurisprudencia en el mismo sentido:

> *"Las cláusulas reglamentarias, que revoquen o alteren las ventajas referidas anteriormente, sólo afectarán a los trabajadores admitidos después a la revocación o alteración del reglamento."*

Y el Tribunal Regional en Brasil, así decidió según el caso, donde aplicó la condición más beneficiosa:

> *"El empleador tiene la facultad de legislar, internamente, disponiendo respecto de los aspectos disciplinarios, de producción, de condiciones generales y especiales dentro de la empresa, debiendo su actuación legislativa en el ámbito de la empresa actuar en el vacío del ordenamiento estatal y colectivo condicionado a la concesión de condiciones más ventajosas a sus trabajadores. La ley interna in casu, asegura el derecho del obrero de no ser despedido arbitrariamente, razón por la cuál hace justa su reintegración al trabajo, con el pago de los salarios y otras ventajas habidas, en el periodo que estuvo apartado (Ac. 0460/90-Rel. Juez A. G. De Moura "-Verbete n. 2.837-Vade Mecum".*

III. *IN DÚBIO, PRO MÍSERO*

Llamado por la mayoría de la doctrina *"in dubio pro operario"* preferimos el término *"mísero"* –por comprenderse mejor– que abarca claramente el contenido de la palabra.

El maestro Cesarino Junior (Derecho social) afirma que "*Siendo el Derecho Social, en último análisis, el sistema legal de protección de los económicamente débiles (hipo suficientes) en caso de duda, la interpretación debe ser siempre a favor del económicamente débil, que es el trabajador, en caso de litigio con el empleador"*. El *"in dubio, pro mísero"* es una variante del principio del Derecho Penal del "in dubio pro reo".

interiores imprenta.indb 232 06/06/2017 06:37:48 a.m.

Mayores discusiones no existen en cuanto a la aplicación de éste sub principio para la interpretación de leyes. Todavía, se discute si puede ser aplicado en la apreciación del caso concreto.

El rigor de las técnicas procesales modernas de depuración de la verdad, llevan a creer que éste sub principio deba ser olvidado, pues cumplió su finalidad en los inicios del Derecho del Trabajo.

Se afirma, habitualmente, que el juez debe identificar a quién debe o no recaer el peso de la prueba en el proceso y analizar si este menester se ha cumplido o no.

No nos parece que sea tan simple así la solución del problema.

En cuanto al deber de la prueba en Brasil la Consolidación de las Leyes del Trabajo se pronuncia de forma sencilla, en su artículo 818:

> *"Art. 818-La prueba de las alegaciones incumbe a la parte que las haga."*

Como es fácil de concluir, la norma mencionada crea inmensa inseguridad al aplicador de la ley. Este según la doctrina y la jurisprudencia brasileña puede valerse del artículo 333 del Código de Proceso Civil:

> *"Art. 333-El encargo de la prueba pertenece:*
>
> *I- Al autor, cuanto al factor constitutivo de su derecho;*
>
> *II- Al reo, cuanto a la existencia del factor impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del autor."*

Aún con la aplicación subsidiaria de la norma procesal, no siempre es fácil identificar convincentemente a aquel que tenía el deber de la producción de la misma.

El célebre Profesor Mozart Víctor Russomano (Comentarios a la Consolidación de las Leyes del Trabajo) así fue su posición en cuanto a la misma:

> *"El principio in dubio pro operario es muy amplio y debe ser aplicado siempre que el juez se sienta en duda razonable. No se trata de un gesto salomónico. Es la salida natural abierta por el Derecho del Trabajo al juez, en fase de su perplejidad."*
>
> *Aunque pesen críticas apuestas a nuestro entendimiento, continuamos sustentado frontalmente, que se debe decidir a favor del trabajador siempre que el juez se encuentre, con fundados motivos entre dos soluciones opuestas. El quiere que esa duda resulte de la ley, quiere que resulte de la evaluación crítica de la prueba, la conclusión del magistrado debe ser la misma.*

interiores imprenta.indb 233 06/06/2017 06:37:49 a.m.

> *No tendría sentido otra solución. Si el principio in dubio pro operario estuviera embebido por el espíritu debe conducir al juez, en la exegesis de la norma o en la apreciación de la prueba."*

Estamos totalmente de acuerdo con ésta opinión. No siempre el juez conseguirá llegar a la verdad con la simple apreciación mecánica de la prueba.

En Brasil diariamente, sea en las sentencias de primera instancia o en las decisiones de los tribunales, éste sub principio es aplicado, aunque los jueces no lo mencionen.

La existencia de duda es ocurrencia normal en los procesos laborales. Hemos visto en la aplicación del "in dubio, pro mísero" en las discusiones de equiparación salarial y en las justas causas.

En los procesos donde se requiere la equiparación salarial, es común al trabajador probar que ejercía las mismas funciones que otro trabajador, siendo que el empleador hace contraprueba en sentido opuesto. En estos casos el juez juzga procedente el pedido.

Está claro, a nuestro modo de sentir, que hubo duda, pues ambas partes hicieron pruebas de sus alegaciones.

En las acciones donde se discute la practica de justa causa, principalmente el acto de falta de honestidad (art. 482, a, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo).

Son comunes los fallos en los cuales se afirma "no hay existencia de justa causa cuando ésta no ha sido cabalmente probada; habiendo duda, se aparta la ocurrencia de justa causa".

IV. CONCLUSIÓN

El Principio Protector debe ser siempre utilizado en los procesos laborales por ser la base del Derecho del Trabajo, pues en el proceso es dónde el Derecho Laboral debe ejercer su función principal: la protección es el amparo del trabajador.

interiores imprenta.indb 234 06/06/2017 06:37:49 a.m.

A PROPÓSITO DE LA ACLARACIÓN DEL PRECEDENTE HUATUCO EN LA SENTENCIA EXP. N° 06681-2013-PA/TC ¿QUÉ ENTIENDEN LOS MAGISTRADOS DEL TC POR "CARRERA ADMINISTRATIVA"?

Cinthia Grace Baquerizo Rojas[1]
(Perú)

La pregunta está planteada a razón que en la sentencia recaída en el Exp. N° 06681-2013-PA/TC el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha hecho la precisión respecto a la aplicación del Precedente Huatuco, circunscribiéndolo a los casos en que la pretensión de reposición sea a una plaza que forme parte de la "carrera administrativa"[2]. Entonces debemos plantearnos la tarea siguiente: ¿qué entienden los magistrados del TC por "carrera administrativa"?

(1) Secretaria Judicial en la Corte de Justicia de Lima. Abogada especialista en Derecho Laboral por UNMSM, y ex Secretaria General del SUTRAPOJ LIMA.

(2) En un trabajo anterior nos planteábamos la problemática si es que efectivamente el Precedente Huatuco protegía a la carrera administrativa (Pág. 112 y 114) En "La regla 18 del precedente Huatuco ¿El TC vulnera los derechos laborales de los trabajadores estatales? Revista Gaceta Constitucional, Tomo 94, Octubre 2015, pág. 104 a 121.

interiores imprenta.indb 235 06/06/2017 06:37:49 a.m.

I. DEFINICIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL PRECEDENTE HUATUCO

A fin de poder desarrollar nuestras reflexiones en cuanto al Precedente Huatuco y su supuesta protección a la "carrera administrativa"(3), procederemos a desarrollar las definiciones de la carrera administrativa que hace el Tribunal en las sentencias emitidas en los expediente Nº 05057-2013-PA/TC y 06681-2013-PA/TC.

1. "Carrera Administrativa" en la sentencia recaída en el EXP. 05057-2013-PA/TC "Precedente Huatuco"

Al respecto, cabe recordar que en la sentencia recaída en el EXP. 05057-2013-PA/TC, se señala que el Precedente está encaminado a proteger el bien jurídico constitucional "carrera administrativa" y "el derecho constitucional a la igualdad en el ingreso a la administración pública"(4), entre otros.

Así en el fundamento 4 de la sentencia antes citada, el TC se refiere a la carrera administrativa como "expresión constitucional general" cuyo análisis en dicha sentencia no se circunscribe al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, que refleja sólo una de las actuales formas de contratación del Estado(5). **Es decir para el TC, en dicha sentencia comprenderá en la "carrera administrativa" otros regímenes laborales diferentes al régimen propiamente laboral regulado por el D. Leg. 276**.

Si bien más adelante en el fundamento 8.b(6), el TC refiere que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional y cita la ley**,** en los fundamentos 7 y 8 desarrolla disposiciones constitucionales sobre la función pública y

(3) Así, conforme a lo ya indicado, el bien que busca proteger el "precedente Huatuco" es el de la carrera administrativa." (Fundamento 9 de la sentencia recaída en el Exp. N° 06681-2013-PA/TC).

(4) El TC refiere que no se encuentra plasmado como derecho fundamental literalmente en la Constitución pero por tratados internacionales sí se encuentra comprendido. Fundamento 8.e. de la sentencia que contiene el Precedente Huatuco: "*Acceso a la función pública en condiciones de igualdad.* La Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de los que el Estado peruano es parte."

(5) Fundamento 4: *"Teniendo en cuenta la relevancia de dicha interpretación en los derechos de los trabajadores, así como en la optimización de aquellos principios constitucionales que rigen la función pública y la "carrera administrativa" (expresión constitucional general cuyo análisis en esta sentencia no se circunscribe al desarrollo legislativo del Decreto Legislativo N.° 276, de bases de la carrera administrativa, que refleja sólo una de las actuales formas de contratación del Estado), es necesario que el Tribunal Constitucional examine dichas interpretaciones con la finalidad de fijar un precedente vinculante que resuelva las divergencias generadas, dejándose constancia de que sobre este asunto no existe un precedente vinculante anterior, sino jurisprudencia reiterada –expedida en mayoría– que sigue el primero de los criterios mencionados en el parágrafo anterior."*

(6) *"(…), el artículo 40° de la Constitución reconoce la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las*

interiores imprenta.indb 236 06/06/2017 06:37:49 a.m.

la "carrera administrativa" sin hacer especificaciones entre ellas, indicando con ello que lo dispuesto por la Constitución en el Capítulo IV "de la Función Pública" es de aplicación a ambas figuras jurídicas: función pública y carrera administrativa.

Así en el fundamento 7, señala: *"(...) es indispensable analizar previamente determinadas disposiciones constitucionales sobre la función pública y la carrera de la Administración Pública.",* entendiendo (confundiendo) a la carrera administrativa con otro concepto como el de "carrera de la Administración Pública" lo cual implicaría una idea más amplia al de carrera administrativa toda vez que **no todos los servidores de la administración pública se encuentran comprendidos en la carrera administrativa.**

Asimismo, en el fundamento 8d, el TC señala que de la regulación constitucional del Capítulo IV de la Función Pública, se desprende la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos; en consecuencia a ello afirma que *"si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública. Por ello, mientras se produzca la mencionada autorización legal, ésta deberá ser interpretada en un sentido compatible con las disposiciones constitucionales del capítulo IV o con otras que resulten pertinentes." (el subrayado es nuestro).*

Por lo hasta aquí señalado, tenemos que para el TC el **régimen específico de los funcionarios y servidores públicos es equivalente a la "expresión general constitucional de carrera administrativa"**. En otras palabras[7], en el Precedente Huatuco, **la carrera administrativa es equivalente a "ingresar a la Administración Pública",** también se puede decir que es equivalente a realizar función pública.

Es decir, **para el TC proteger el bien jurídico "carrera administrativa" implica prohibir la deformación del régimen específico de los funcionarios y servidores públicos;** así equipara la función pública con la carrera administrativa, cuando la Constitución ha hecho diferencia entre ellas y solo ha otorgado a la carrera administrativa la calidad de bien jurídico constitucional (según interpretación del propio TC en esta sentencia que se comenta y en anteriores)[8].

---

responsabilidades de los servidores. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador."

(7) Ello fue advertido por el TC en la sentencia recaída en el EXP. 06681-2013-PA/TC que comentaremos más adelante.

(8) Este esquema conceptual le sirvió al TC para que pudiera poner por encima del derecho del trabajo de los servidores públicos el bien jurídico "carrera administrativa" entendido "ampliamente" y otorgarle alguna consistencia lógica a las reglas del Precedente Huatuco, en especial a la regla 18.

interiores imprenta.indb 237 06/06/2017 06:37:49 a.m.

Así encontraremos en esta sentencia que el Tribunal comprende en su amplia idea de "carrera administrativa" a los trabajadores del régimen 728 que laboran en la administración pública, por lo que sobre su derecho al trabajo existe un bien jurídico supremo que proteger "el ingreso por concurso público".

2. "Carrera Administrativa" en la sentencia recaída en el EXP. 06681-2013-PA/TC "Precedente Huatuco"(9)

El mismo TC se encarga de precisar en el considerando 4 de la sentencia del Exp. Nº 06681-2013-PA/TC, la definición de "carrera administrativa" usada por el Tribunal que serviría para sustentar el Precedente Huatuco. Así se señala en el fundamento 4 lo siguiente:

"Al respecto, conviene aclarar que en la STC Exp. N° 05057-2013-PA este tribunal hizo referencia tanto a la función pública como a la carrera administrativa. Al respecto, entre otras cosas, se afirmó sobre la función pública que esta podía entenderse de forma amplia como la realización de funciones en una entidad pública, al margen del contrato laboral que vincule a la persona con el Estado. Por otro lado, se señaló que la carrera administrativa es un bien constitucionalmente protegido y que cuenta con reserva de ley para su configuración. Junto a esto, se estimó asimismo que existe una prohibición de deformar el régimen de funcionarios y servidores, y que el acceso a esta función se hace en condiciones de igualdad."

En el fundamento 5 y 6 de la sentencia en comento, el Tribunal realiza una distinción "clara" entre función pública y carrera administrativa en atención a lo dispuesto en el Precedente Huatuco, y señala: *"Así, sobre la base de lo dispuesto en la STC Exp. Nº 05057-2013-PA* ***sobre la función pública****,* ***es claro para este órgano colegiado que no toda persona que se vincula a la función pública necesariamente está realizando carrera administrativa****, (…)." (la negrita es nuestra).*

Así, para el TC la carrera administrativa no comprende a todos los empleados del Estado (fundamento 6): *"(…) en la historia de la legislación dedicada a regular la función pública en el país, se verifica que desde siempre se ha distinguido claramente a los servidores de "carrera" del resto de empleados del Estado. Incluso la actual Constitución de 1993 insiste en esta distinción al hacer referencia a la "carrera administrativa", distinguiéndola de otras modalidad de función pública (artículo 40) y en similar sentido, la más reciente ley encargada del desarrollo de esta materia (Ley de Servicio Civil) va en idéntico sentido, al establecer la existencia del "servidor civil carrera" distinguiéndola de otro tipo de funcionarios del Estado."*

Como se aprecia, en ninguna de los fundamentos se desarrolla un concepto sobre "carrera administrativa", solo se practica una delimitación conceptual obtenido

(9) De fecha 23 de junio de 2016, publicado el 20 de julio de 2016, con los votos de MIRANDA CANALES, BLUME FORTINI, RAMOS NÚÑEZ y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA.

interiores imprenta.indb 238 06/06/2017 06:37:49 a.m.

de la diferencia entre función pública y carrera administrativa; incluyendo también otros sujetos para ejemplificar la diferencia, siendo que se obtiene lo siguiente del fundamento 6:

- No todos los empleados del Estado son servidores de "carrera";
- La carrera administrativa es una modalidad de función pública;

Finalmente, en el fundamento 11 el Tribunal señala que *"hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil)", y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado)."*

Hasta aquí, el Tribunal termina por dar ejemplos de cuales son los grupos de trabajadores que están comprendidos o no en la idea que tienen de "carrera administrativa", sin otorgar una definición clara y concreta al respecto, ni precisar en base a qué hace la distinción, si por funciones, por modalidad contractual, por imperio de la ley, etc. Sin embargo, en esta ocasión el TC busca respaldar su idea de "carrera administrativa" en lo que propiamente la legislación establece por carrera administrativa desarrollada en el Decreto Legislativo N.° 276 y Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

II. LA "CARRERA ADMINISTRATIVA" COMO BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL

1. ¿Qué debemos entender por carrera administrativa?

Si bien el Tribunal Constitucional en la sentencia que origina el Precedente Huatuco manifiesta que la idea de "carrera administrativa" que concibe es más amplia que la señalada en la legislación, no hace ninguna referencia a la doctrina ni a jurisprudencia relevante en la cual se haya desarrollado esa idea "amplia" de "carrera administrativa".

La idea que tenemos de carrera administrativa, es la que está en la Constitución de 1993, en su artículo 40, que va a señalar respecto a la carrera administrativa lo siguiente: "*La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente."*

Asimismo, la carrera administrativa en la legislación se desarrolla con la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público

interiores imprenta.indb 239 06/06/2017 06:37:49 a.m.

- D. Leg. 276, que la define en el artículo 1 de la siguiente manera: *"Carrera administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública."* Cabe recordar que el D. Leg. 276 ya se encontraba vigente cuando se promulgó la constitución de 1993.

Además, el Tribunal Constitucional en la **sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad, Exp. 008-2005-PI/TC**[10], proceso por demanda de inconstitucionalidad contra la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su fundamento 44[11], 45 y 46[12], hace uso de la "definición legal de la carrera administrativa" e indica que ésta es un "bien jurídico constitucional". Es decir, para el TC el bien jurídico constitucional protegido es el que se encuentra regulado por ley, en ese periodo por el D.Leg. 276. Es importante resaltar que en esta misma sentencia en comento, el Tribunal hace una diferencia en cuanto a la protección constitucional que le corresponde a la Ley de Carrera Administrativa como "bien jurídico constitucional", para diferenciarla de la protección que merece Ley N.° 28175, Ley Marco del Empleo Público. El TC en esta sentencia no desarrolla ninguna *"idea amplia de la carrera administrativa".*

En el mismo sentido el TC en la sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley SERVIR (Caso Ley del Servicio Civil[13]), posterior a la sentencia que contiene el Precedente Huatuco, nuevamente recoge la definición constitucional y legal de "carrera administrativa" así señala en el fundamento 81 lo siguiente:

> *"Es por ello que este Tribunal ha sostenido que **la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional cuyo desarrollo y delimitación de su contenido y alcance específico han sido encargados al legislador** (fundamento 44 de la STC 0008-2005-PI/TC)."*

(10) Fallo suscrito por: ALVA ORLANDINI, BARDELLI LARTIRIGOYEN, GONZALES OJEDA, GARCÍA TOMA, VERGARA GOTELLI, LANDA ARROYO.

(11) Fundamento 44: *"(...) Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador."*

(12) Fundamento 46: *"Por tanto, el artículo 15.° de la Ley N.° 28175 no vulnera el artículo 40.° de la Constitución, ya que el precepto cuestionado no tiene por objeto regular exclusivamente los derechos de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, sino los derechos básicos de los empleados públicos en general. Por lo demás, los derechos específicos de los servidores públicos comprendidos en la carrera administrativa actualmente están regulados por el Decreto Legislativo N.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; y, de acuerdo a la segunda disposición transitoria, complementaria y final de la Ley N.° 28175 corresponderá al Congreso de la República aprobar un nueva Ley de la Carrera Administrativa que se encargará de regular los derechos específicos de los servidores públicos comprendidos en dicho régimen."*

(13) Sentencia recaída en procesos acumulados: Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC. Los magistrados que suscribieron esta sentencia son: MIRANDA CANALES, LEDESMA NARVÁEZ, URVIOLA HANI, BLUME FORTINI, RAMOS NÚÑEZ y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA.

interiores imprenta.indb 240 06/06/2017 06:37:49 a.m.

Por otro lado es importante tener en cuenta que para el SERVIR[14], que es el ente rector de recursos humanos en la administración pública, el D. Leg. N.° 276 regula el régimen general laboral público[15].

De lo mencionado, podemos apreciar que el TC para sustentar el Precedente Huatuco tuvo que desarrollar una "novísima" idea de carrera administrativa sin tener en cuenta lo dispuesto por la constitución, por la ley y sin antecedente jurisprudencial.

2. ¿El Régimen de Servicio Civil estipula una nueva carrera administrativa?

La Ley del Servicio Civil -Ley 30057, en su artículo I de su Título Preliminar, señala: *"**El objeto de la presente Ley es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado**, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas."* (la negrita es nuestra).

Mediante el artículo 2, **clasifica a los servidores civiles en: funcionario público, directivo público, servidor civil de carrera y servidor de actividades complementarias**. En el título IV se regula a los grupos de servidores civiles del servicio civil, siendo que en el capítulo III se habla de Servidores Civiles de Carrera, estableciendo en su artículo 65: *"(…) El servidor civil de carrera realiza actividades directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad pública en el ejercicio de una función administrativa, la prestación de servicios públicos, o la gestión institucional. **El Servicio Civil de Carrera es un sistema único e integrado**. No comprende a los funcionarios, los directivos públicos, los servidores de confianza, los servidores de servicios complementarios ni los contratados temporalmente"* (la negrita y subrayado son nuestras).

Es decir, la Ley 30057 regula, entre otros aspectos, un nuevo y único régimen general laboral público, donde se desarrolla una regulación nueva para la carrera administrativa, excluyendo a otro grupo de servidores de esa misma carrera.

(14) Mediante D. Leg. N° 1023, se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, como organismo rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, que comprende el conjunto de normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas utilizados por las entidades del sector público en la gestión de los recursos humanos.

(15) *"Los regímenes laborales generales son tres: carrera administrativa (Decreto Legislativo 276), régimen de la actividad privada (Decreto Legislativo 728) y contratación administrativa de servicios – CAS (Decreto Legislativo 1057)"* En: EL SERVICIO CIVIL PERUANO ANTECEDENTES, MARCO NORMATIVO ACTUAL Y DESAFÍOS PARA LA REFORMA. Mayo 2012. Presidencia del Consejo de Ministros. Pág. IV del resumen ejecutivo SERVIR.

interiores imprenta.indb 241 06/06/2017 06:37:49 a.m.

El TC al respecto señala que la Ley 30057 comprende una nueva carrera administrativa pero que no todos los servidores comprendidos en la ley están dentro de la carrera.

En la sentencia de proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Servir (Caso de Ley Servir), el TC señala en su fundamento 77 que *"(...) corresponde tener en cuenta que no toda persona que se vincula a la función pública, necesariamente realiza carrera administrativa. De hecho el artículo 39 de la Constitución señala que "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación" pero no señala que todos estos realicen carrera administrativa."*

Señala asimismo que las leyes que se han ocupado del empleo público[16] o del servicio civil (El Decreto Ley 11377: Estatuto y Escalafón del Servicio Civil; el Decreto Legislativo N° 276: Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de remuneraciones del sector público; la Ley 28175: Ley Marco de Empleo Público) siempre han establecido exclusiones así como han efectuado distinciones entre aquellos trabajadores que son de carrera y quienes no lo son; así, se ha considerado tradicionalmente que no son de carrera aquellos que resulten electos para cargos políticos, los trabajadores de confianza o los trabajadores de empresas públicas, entre otros (Fundamento 72 y 73).

En el mismo sentido, refiriéndose a los obreros de los gobiernos regionales y gobierno locales, el TC establece que realizan función pública pero no están comprendidos dentro de la carrera administrativa (Fundamento 71);

Para el TC, la Ley de Servicio Civil tiene un carácter general que pretende incluir a toda persona que realiza función pública, sin embargo no todas sus disposiciones son relativas a la carrera administrativa (fundamento 74); en ese sentido concluye, respecto a los obreros municipales y regionales que: *"(...) deben encontrarse adscritos en el régimen del Servicio Civil (aun cuando corresponda poner de relieve que no realizan, en puridad, carrera administrativa como se manifestara supra), por cuanto se debe tender a mantener un régimen uniforme para la función pública sin exclusiones arbitrarias y atendiendo además a que no pueden ser considerados parte de una carrera especial (...)"* (Fundamento 77).

III. DELIMITACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE HUATUCO A LA PROTECCIÓN DE LA "CARRERA ADMINISTRATIVA"

Hasta aquí, según la Constitución, lo que constituye bien jurídico constitucional es la carrera administra, y según ésta y la legislación, no todos los servidores públicos están comprendidos dentro de la carrera administrativa. Las leyes que regulan la carrera administrativa es el D. Leg. 276 y la Ley 30057.

(16) De conformidad con la Octava Disposición complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1023, publicado el 21 junio 2008, toda referencia a empleo público entiéndase sustituida por Servicio Civil; (…)".

interiores imprenta.indb 242 06/06/2017 06:37:49 a.m.

Recordemos que la primera aclaración que efectúa el TC (fundamento 8) es que en la regla central del Precedente Huatuco referida al *"ingreso a la administración pública"* debe entenderse al ingreso a la "*carrera administrativa*"[17]. Precisando que el bien que busca proteger el "Precedente Huatuco" es el de la carrera administrativa.

Finalmente el TC precisa los elementos fácticos de la regla jurisprudencial central del Precedente Huatuco (fundamento 13):

> *"(a) El caso debe referirse a la **desnaturalización de un contrato**, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.*
>
> *(b) Debe pedirse la **reposición** en una plaza que forma parte de la **carrera administrativa** (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un **concurso público de méritos** (b.2), y que además se encuentre **vacante** (b.3) y **presupuestada** (b.4)."*

Ahora bien, en la actualidad, hay servidores que se encuentran comprendidos dentro de la carrera administrativa, cuyos derechos y deberes están regulados por el D. Leg 276, empero hasta el momento no existe ni un solo personal en carrera administrativa regulada por la Ley Servir, dado que no se han formulado concursos ni traspasos en las entidades públicas que se encuentran comprendidas en la referida ley (véase página web de servir[18]), ni el mismo SERVIR como entidad ha contratado personal bajo dicho régimen laboral ni ha constituido dentro de una carrera administrativa.

Entonces, si partimos de lo aquí analizado, que son básicamente la constitución, la legislación y las sentencia del TC, **el Precedente Huatuco** (formalmente)[19] **solo es aplicable actualmente en el caso algún demandante pida reposición en una plaza que se encuentra dentro de la carrera administrativa regulada por el D. Leg 276** (dado que actualmente no existe ninguna plaza en el Cuadro de puestos de la entidad -CPE regulada por la Ley Servir).

---

(17) *"(…) "[E]l ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada" (f. j. 9) Y aunque este párrafo hace mención expresa al "ingreso a la administración pública", de modo general, dicha afirmación debe interpretarse en un sentido estricto, vinculado al inicio o la promoción de la carrera administrativa, en el contexto de lo argumentado y dispuesto en la propia sentencia, y atendiendo a los valores y principios que la sustentan."*

(18) Lista de Entidades con Resolución de Inicio a la Ley del Servicio Civil al 23 de febrero de 2017 (http://www.servir.gob.pe/lista-de-entidades-con-resolucion-de-inicio-a-la-ley-del-servicio-civil/) es decir, no existe ninguna entidad que tenga a sus trabajadores en el régimen laboral del servicio civil.

(19) Señalamos formalmente, porque en los hechos el TC ha incurrido en una serie de contradicciones al establecer al Precedente Huatuco, que ha pretendido proteger la "carrera administrativa" (equiparándola a de "ingreso a la administración pública") estableciendo reglas para impedir la reposición en el sector público de trabajadores sujetos al régimen 728 (régimen privado). Por lo que la judicatura no podría aplicar dichas reglas en situaciones en que los demandantes no pretendan ser repuestos en plazas 728, por ser situaciones distintas y se podría aplicar el "*distinguish".*

interiores imprenta.indb 243 06/06/2017 06:37:49 a.m.

IV. CARRERA ADMINISTRATIVA COMO FUNCIÓN PÚBLICA EN ALGUNAS SENTENCIAS DE LA JUSTICIA ORDINARIA QUE HAN APLICADO EL PRECEDENTE HUATUCO

1. El caso de la exclusión de la "carrera administrativa" o "función pública" de los obreros municipales.

Si bien a partir de la jurisdicción ordinaria ha habido intentos por hacer prevalecer los derechos laborales, estos esfuerzos han sido limitados pero sí de considerable valor para los trabajadores que pudieron ser repuestos. Los primeros en beneficiarse fueron los obreros municipales con las sentencias emitidas a partir de la Cuarta Sala que posteriormente fueron tomadas por la Corte Suprema (Casación Laboral N° 12475 2014 -Moquegua).

Es necesario mencionar que uno de los magistrados más connotados del país, Omar Toledo Toribio, emitió sentencia aplicando el "***distinguish"*** y su análisis, logró mantener fuera de la aplicación del Precedente Huatuco a los obreros municipales y regionales que en ese periodo se encontraban excluidos de la Ley Servir.

Así en la sentencia del EXP. N° 23565-2013-0-1801-JR-LA-04 de fecha 14 de julio de 2015, la Cuarta Sala Laboral de Lima, que presidía el connotado magistrado se señaló que los obreros municipales y regionales al estar excluidos de la Ley de servicio Civil, el tener un régimen laboral privado establecido por su ley orgánica, no realizan "función pública".

Como hemos analizado, los obreros son servidores públicos y realizan función pública, pero no están desde la aprobación de su vigente ley orgánica en el régimen laboral público regulado por el D. Leg. 276. Recordemos que tampoco están comprendidas en la carrera administrativa regulada por las reglas la Ley del Servicio Civil, dado que de la clasificación que se hace de la referida norma respecto al tipo de servidores y de acuerdo a la interpretación del máximo intérprete constitucional, los obreros municipales ni regionales no estarían comprendidos dentro de la carrera administrativa de la Ley 30057.

Ahora bien, podemos apreciar que en la sentencia en comento no se desarrolla el tema de la "carrera administrativa", pero sí se menciona el de "función pública", y recordemos que efectivamente en los fundamentos que se desarrollan para sustentar el Precedente Huatuco se equipara la "idea amplia de carrera administrativa" a función pública, y la sala (al parecer) optó por aplicarlos dado que el precedente es de obligatorio cumplimiento.

Bueno, al margen de los conceptos desarrollados en dicha sentencia, lo resuelto por la Cuarta Sala al concluir que a los obreros municipales y regionales no se les debe aplicar el Precedente Huatuco es correcto dado que ellos no están comprendidos en la carrera administrativa.

interiores imprenta.indb 244 06/06/2017 06:37:49 a.m.

Ahora bien, la justicia ordinaria tuvo inconvenientes para seguir aplicando el criterio desarrollado en la sentencia en comento, dado que el TC expidió la sentencia en el Caso Ley Servir, (STC Exps. Nºs 00025-2013-PI/TC, 00003-2014-PI/TC, 00008-2014-PI/TC y 00017-2014-PI/TC) y declaraba inconstitucionales las normas que excluían a los obreros municipales del régimen del servicio civil.

Dado que la Ley Servir regulaba la "función pública" (idea amplia de carrera administrativa) y se determinaba con la sentencia en el Caso de Ley Servir que los obreros municipales y regionales desarrollan "función pública", la judicatura según el razonamiento jurídico desarrollado no podía seguir excluyendo de la aplicación del Precedente Huatuco a los obreros municipales y regionales. En ese contexto, el Dr. Omar Toledo Toribio el 24 de mayo de 2016 como parte de sus apuntes de la conferencia que disertó sobre: **LA REPOSICIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS, A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY SERVIR,** señala lo siguiente[20]:

> *"3.- Lo anterior significa que los obreros de los gobiernos locales y regionales, así como los trabajadores de las antes mencionadas instituciones, ahora si se encuentran comprendidos en la Ley SERVIR.*
>
> *4.- De conformidad con el Artículo 82 del Código Procesal Constitucional las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.*
>
> *5.- Siendo así la sentencia del Tribunal Constitucional del 26/04/2016 expedida en el caso Ley SERVIR, antes citada, vincula a los poderes públicos y produce efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.*
>
> *6.- **Por lo tanto, el Precedente Huatuco Huatuco sólo será de aplicación a los obreros de los gobiernos locales y regionales** y a los trabajadores de las instituciones arriba señaladas, que se encuentren dentro de los supuesto del citado precedente y **que hayan ingresado a prestar servicios a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la Sentencia del TC sobre la Ley Servir**." (la negrita es nuestra).*

Asimismo, el doctor Toledo Toribio en el mismo texto citado ha planteado lo siguiente:

> *"7.- Finalmente, en aplicación de la figura del "distinguish" consideramos que no sería de aplicación el precedente Huatuco Huatuco en los siguientes casos en que el trabajador ha ingresado antes de la dación*

(20) En: http://omartoledotoribio.blogspot.pe/2016/05/la-sentencia-del-tc-sobre-la-ley-servir.html

interiores imprenta.indb 245 06/06/2017 06:37:49 a.m.

de la Ley Marco del empleo Público Ley N° 28175, con fecha de publicación 19.02.2004 vigente desde 01.01.2005."

Este último planteamiento resulta importante, en la medida que se estaría delimitando más la aplicación del precedente Huatuco y permitiría que muchos trabajadores de diversas entidades que contratan a su personal bajo el régimen laboral privado caso SUNAT, RENIEC, Poder Judicial, entre otras, pudieran ser repuestos a sus centros de trabajos.

2. La "carrera administrativa" como equivalente al "ingreso a la administración pública" para la judicatura ordinaria pese a la emisión de la sentencia recaída en el Exp. N° 06681-2013-PA/TC.

Por otro lado, pese a la emisión de la aclaración del TC respecto a la aplicación del Precedente Huatuco, referido a proteger al bien jurídico constitucional "carrera administrativa", lo cierto es que la judicatura ordinaria no ha hecho mayor observación a dicha aclaración al momento de aplicar el Precedente Huatuco, así tenemos:

Fundamento 17 de la sentencia de vista recaída en el Exp. N° 19132-2014-0-1801-JR-LA-02, emitida por la Cuarta Sala Laboral de Lima de fecha 27 de enero de 2017[21]:

> *"**17.** De esta manera, en lo que es materia estricta del petitorio propuesto por el accionante en este proceso, la determinación de la existencia de una relación laboral se orienta a que se le permita acceder a un puesto dentro de la administración pública, esto es, dentro de una plaza permanente en la demandada; por tanto, corresponde señalar que encontrándose frente a un precedente constitucional de carácter normativo, como es la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC de fecha 16 de abril de 2015, emitida por el Tribunal Constitucional, resulta obligatorio para los órganos jurisdiccionales aplicar dicha sentencia."*

En esta sentencia se sigue utilizando el equivalente a "carrera administrativa" el concepto de "ingreso a la administración pública".

SENTENCIA Nº 077-2017-11°JETPL de fecha 29 de marzo de 2017 de primera instancia recaída en el expediente 17195-2016-0-1801-JR-LA-11, del 11° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima.

Fundamento 6.11: *"Siendo así, a la fecha en que se emite la presente sentencia, los trabajadores del Congreso de La República se encuentran dentro de los alcances de la Ley del Servicio Civil por lo que ya no resulta aplicable el criterio de observancia obligatoria antes indicado, máxime cuando de conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional, el referido precedente se aplica a los*

(21) Los magistrados que conforman dicho órgano jurisdiccional son CARLOS CASAS, ESPINOZA MONTOYA, HUERTA RODRIGUEZ, siendo éste último el ponente de la referida sentencia.

interiores imprenta.indb 246 06/06/2017 06:37:49 a.m.

trabajadores del sector público que se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, sin restringirlo sólo a los trabajadores comprendidos dentro de los alcances de la Ley del Servicio Civil, pues la mención que se realiza en el texto de la sentencia es meramente ilustrativa, por lo que ***advirtiéndose que el régimen laboral de la emplazada es la actividad privada y que la demandante laboró para la misma sujeta a dicho régimen, ésta se encuentra comprendida dentro de los alcances del precedente Huatuco Huatuco****." (la negrita es nuestra)*

En este fallo, se recoge la finalidad real del Precedente Huatuco que es impedir la reposición de los demandantes que peticionen desnaturalización de su contrato en entidad pública y reposición en el régimen privado a la entidad, sin hacer mayor análisis sobre la coherencia jurídica en que se basa el Precedente Huatuco, puesto que es el mismo TC el que ha precisado que el bien jurídico que busca proteger es la carrera administrativa, y que debe limitarse a aplicarse en esos casos.

En la misma sentencia N° 077-2017-11°JETPL de fecha 29 de marzo de 2017, del 11° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, citando a la sentencia de Corte Suprema, fundamento Décimo Cuarto de la Sentencia en Casación emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia con fecha 7 de Marzo del 2017 en la Casación N° 4068-2015-LIMA.

Fundamento 6.12: *"Así también lo ha indicado la propia Corte Suprema pues "… corresponde previamente señalar que el Congreso de La República, es una entidad de la Administración Pública, de acuerdo al inciso 2 del artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; en consecuencia, se encuentra dentro de los alcances previstos en el precedente vinculante, contenido en la Sentencia expedida el dieciséis de abril de dos mil quince, en el expediente N° 05057-2013-PA/TC."*

Para la misma Corte Suprema se sigue utilizando como el bien jurídico protegido el "ingreso a la administración pública" como si fuera equivalente al ingreso a la carrera administrativa, siendo que es éste último el bien jurídico que protege el Precedente Huatuco.

V. CONCLUSIONES

El Precedente Huatuco ha partido de una comprensión nueva de "carrera administrativa" pero que resulta incongruente con lo establecido en la constitución, legislación, teoría y jurisprudencia; por dicha situación debería dejar sin efecto el Precedente Huatuco.

En la sentencia recaída en el expediente N° 06681-2013-PA/TC el TC ha hecho un esfuerzo por ajustar la idea desarrollada de "carrera administrativa" utilizada en el Precedente Huatuco, acercándola a la definición constitucional, aún resulta insuficiente dado que como hemos visto la justicia ordinaria sigue comprendiendo

interiores imprenta.indb 247 06/06/2017 06:37:49 a.m.

por carrera administrativa a la "administración pública" lo cual trastoca la doctrina laboral.

En cuanto a la judicatura ordinaria se ha visto esfuerzos por mantener los principios del derecho laboral frente a la aplicación de un Precedente que para muchos autores de la academia resulta ser nefasto; y han ideado diversas fórmulas legales y jurisprudenciales para restringir su aplicación. En ese sentido, consideramos que se debe realizar un profundo análisis sobre el fin mismo que tiene el Precedente Huatuco y aprovechar sus errores en cuanto a técnica jurídica, como la que se ha planteado en este trabajo respecto a lo que se entiende por "carrera administrativa".

interiores imprenta.indb 248 06/06/2017 06:37:49 a.m.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DENTRO DE LA COMPETENCIA DEL PROCEDIMIENTO LABORAL

Francisco Gómez Valdez[1]
(Perú)

Acerca de los derechos fundamentales poco o nada se discute en nuestro territorio, a diferencia de otras latitudes donde una aluvional legislación es dictada para reafirmar que el ser humano es inimitable, único y lleno de derechos fundamentales que se deben respetar –en lo sustantivo–; y, dentro del marco procesal se le ha acordado un trámite preferencial por la naturaleza de la pretensión misma a dilucidar que debe tener una respuesta pronta y ágil, ya que la necesidad de pacificación por la existencia del conflicto así lo exige[2]; representan el eje de sustento de la sociedad; por eso, el *tono firmus* de su protección, tanto que en materia procesal se habla de libertades, privadas o públicas, para graficar su esplendor. Es la jurisprudencia constitucional que con cierta vitalidad lo redescubre en sus resoluciones, tal la célebre STC, Exp. N°0976-2001-AA/TC, F. 5, caso Llanos Huasco, en el que hace el alcance

(1) Profesor universitario.
(2) MANEREO PÉREZ, José Luis, El Nuevo Proceso Laboral, Estudio Técnico Jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral, 2011, Granada, España, Ed. Comares S.L., p. 714

interiores imprenta.indb 249 06/06/2017 06:37:49 a.m.

que estos "derechos tienen eficacia directa en las relaciones inter privatos cuando estos derechos vinculan y, por lo tanto, deben ser respetados".

De otro lado, ya hemos estudiado que existen derechos constitucionales que se encargan de velar por los derechos sustantivos y adjetivos de trabajo. Las normas procesales relacionadas con los textos fundamentales son lacónicas, y es sorprendente que la NLPT ejercite la tarea de ponderar como competencia de los jueces laborales ventilar en profundidad, y por primera vez, estos temas en (arts. IV del TP, 2° ins. c, d, e, i, j, 2°, 3°, 8°, 9°, 10° y 10ª. DC de la L. N° 29497 del 13-01-2010: NLPT). Hemos salido del oscurantismo para arribar a la luz cognocitiva de estos asuntos.

En efecto, sumidos en crisis económicas, financieras, políticas, sociales, moral, ahora de seguridad ciudadana, los temas fundamentales de las personas permanecen colocados en una "nevera" pese a su improrrogable importancia.

SECCIÓN I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ha sido el Tribunal Constitucional que en sus años de funcionamiento, y advirtiendo que el Estado es el mayor trasgresor de los derechos fundamentales, al mismo tiempo que *inter privatos* las empresas, que sin más ha erguido, porque no podía permanecer como órgano jurisdiccional neutral, el principio de que no "hay afirmación que autorice de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada (…) por la sola circunstancia de que emane de otros particulares o de grupo organizado de individuos (…) (STC, Exp. N°0976-2001-AA/TC, F. 5, caso Llanos Huasco), abriendo las puertas para que los jueces laborales a quienes se les ha acordado la competencia para ventilar los asuntos vinculados con los derechos fundamentales laborales, tengan este quehacer adicional a ejercer, que no se limita a la dignidad del trabajador, sino que abarca los asuntos relativos a su preservación material y a su derecho previsional. De este modo, los derechos fundamentales de los trabajadores si son violentados por el Estado o por los empleadores, en igualdad de condiciones podrán merecer la tutela jurisdiccional efectiva de los jueces especializados de trabajo.

1. La juridicidad de los derechos fundamentales

1/ Conforme a lo establecido en la 4ª. Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos "se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú", sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados

interiores imprenta.indb 250 06/06/2017 06:37:49 a.m.

por los tribunales internacionales constituidos según tratados internacionales de los que el Perú es parte (10ª. DC de la NLPT).

Asociado lo anterior con lo contemplado por los arts. IV del TP y 10ª. DC de la NLPT, el asunto de los derechos fundamentales laborales adquiere importancia suprema, tanto porque el aspecto ontológico del individuo ha sido rediseñado para que los jueces laborales lo juzguen, del mismo modo que su carácter moral y, dentro de él lo atinente a su dignidad, determinando que la ciudadanía de la persona que trabaja finalmente haya sido sacada de los vetustos anaqueles legales en los que se hallaba para acordarle redoblada presencia en el campo jurisdiccional. Esta interpretación que corresponderá ejecutar el juez, ha de ser *pro hominem* y *pro libertatis*, es decir, representa un *in dubio pro hominem* frente a dudas que a este nivel son inconmensurables, que colocará al plato de la balanza ir siempre a favor de la persona humana, "fin supremo de la sociedad y del Estado" (art. 1° de la Constitución). Es la eficacia oportuna y plena de este postulado que nos lleva a este escenario (STC, Exp. N° 1049-2003-AA/TC, F. 4). Es el motivo por el que este proceso debería ser preferente, abreviado, célere, a dilucidar en audiencia única, dirimida en plazo breve, con pretensión única, con la posibilidad de que la conciliación esté al alcance de las partes; en fin, con el dictado de la sentencia de primera instancia vía medida cautelar se debería ejecutar aún cuando sea apelada. Si el conflicto es colectivo, de la misma manera es cosa juzgada para las acciones individuales o plurales en trámite relacionadas con el señalado conflicto. De lo que se trata es que frente a la afectación de un derecho fundamental o una libertad pública existan jueces especializados llamados a hacer cesar de inmediato el acto lesivo.

2. Concepción de los derechos fundamentales

2/ La Constitución no hace alusión a los derechos fundamentales; sin embargo, su temática posee un espacio inmenso acordado por leyes y, sobre todo, por la jurisprudencia constitucional, aspecto que se ha visto engrandecido porque se habla desde hace un siglo de la constitucionalización de los derechos laborales, instante en el que la mirada hecha a estos derechos se ha tornado no solo fluida sino también necesaria.

Desde esta perspectiva, hay quienes consideran dentro del Derecho Constitucional, individual o colectivo, a los derechos fundamentales; otros que le acuerdan una plaza propia y otros que los hacen cobijar dentro de los Derechos Humanos o los abordan dentro de las libertades públicas, individuales o colectivas; en fin, son dilucidados como principios generales del Derecho; de donde pues, hay incertidumbre jurídica sobre la categoría a acordar a esta nueva generación de derechos. En nuestro derecho, como se observa, sobre los derechos fundamentales indistintamente se habla de derechos constitucionales, Derechos Humanos, de derechos vinculados con los derechos contenidos en los tratados internacionales, de las normas que emanan de la OIT y de la jurisprudencia internacional sin establecer un puntal referencial único, haciendo sugerir que el tema puede ser analizado desde

interiores imprenta.indb 251 06/06/2017 06:37:49 a.m.

distintos ángulos, como derecho o como libertad, siempre que su interpretación permita en nombre de la cohesión social garantizar la aplicación de los derechos sociales contemplados por la Constitución: el vocablo derecho fundamental por el instante carece de sistemática jurídica.

Pese a ello, es constatable que los derechos fundamentales han contribuido a desarrollar el intervencionismo estatal del Derecho Social y de éste a la persona humana en su aspecto profesional y personal, donde la dignidad, su autonomía, libertad, etc. poseen un asunto central en todo debate que tenga que ver con el empleo del poder patronal dentro de las relaciónes individuales de trabajo, en el derecho al empleo dentro de las políticas de empleo, en el principio de no discriminación en la captación de la mano de obra, en el respeto de la dignidad humana y a la vida privada (acepción axiológica), en el derecho sindical en todas sus variables (negociación colectiva, huelga y participación), en la protección de la seguridad en el trabajo, en la lucha contra la exclusión, del acceso a la justicia(3).

De esta manera, los derechos fundamentales son específicos si están destinados a asegurar una protección puntual (derecho al trabajo, a la seguridad); pero puede tratarse de un derecho genérico (lucha contra la exclusión, en pro de las actividades del solaz y esparcimiento). El registro que tienen los derechos fundamentales, como se ve, son prescriptivos antes que descriptivos y se encuentran en la cúspide de la normatividad positiva; por lo tanto, son derechos sujetos a tutela(4). A tal fin, los derechos fundamentales de trabajo están asociados al respeto de la dignidad del dependiente, cuestión central del Derecho del Trabajo(5).

3. Breve reseña normativa de los derechos fundamentales a tener en consideración

3/ La evolución de la sociedad ha llevado a comprender al ser humano como el centro de ella y ser además, titular de derechos que no cesan de crecer, correspondiendo al Estado árbitro principal de su actuar intervenir para hacerlos derechos efectivos, luego que se desterró la idea pretérita de que el trabajo era una mercancía (planteamiento individualista y patrimonialista que gobernó el pensamiento laboral desde inicios del industrialismo hasta la creación de la OIT en 1919). De otro lado, el trabajador permanece jornadas prolongadas como subordinado en la empresa que lo emplea; por consiguiente, por su condición de trabajador; pero igualmente como ciudadano, debe traslucirse la idea de un respeto acendrado que el empleador debe prodigar a su servidor en el tema de su dignidad, y no aprovechar el hallarse a su disposición por la subordinación jurídica que caracteriza a todo contrato de trabajo en ejecución para menoscabar dicha condición humana.

(3) LYON-CAEN, Antoine, Droits Fondamentaux et Droit Social, Dalloz, París, 2005, pp. 3 y 4

(4) CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique, Les Droits et Libertés Fondamentaux en France, Dalloz, París, 2005, pp. 26 y 27.

(5) PACHECO ZERGA Luz, La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo, Thomson Civitas, 1a. Ed., 2007, p. 29

interiores imprenta.indb 252 06/06/2017 06:37:49 a.m.

Las normas relativas a los derechos fundamentales son individuales y colectivos:

- En primer orden está la *Declaración Universal de los Derechos Humanos del 20/12/1948* (V., carta de las Naciones Unidas del 25/06/1945, directo antecedente de la Declaración), que en su art. 1° nos indica que todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos, consignando a partir del art. 3° los derechos humanos reconocidos a todos los individuos, correspondiéndole el del recurso efectivo ante la jurisdicción nacional (art. 8°), de la seguridad social (art. 22°), al trabajo y al derecho sindical (art. 23°), al descanso (art. 24°), al nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y el de su familia (art. 25°), a la educación (art. 26°).
- *El Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos, Nueva York, del 16/12/1966.* Su art. 2°,b, garantiza que la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra, según la legislación del Estado, respetarán los derechos de las personas, así como los recursos jurisdiccionales, al mismo tiempo que tramitará los recursos interpuestos por el justiciable (art. 2°, c). Está la igualdad de derechos de hombres y mujeres (art. 3°). La igualdad ante los tribunales y cortes (art.14°,1) y la presunción de inocencia (art. 14°,2). Respeto a la vida privada, la familia, el domicilio (art. 17°,1). Derecho de asociación y de constituir sindicatos (art. 22°,1).
- *El Pacto Internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, Nueva York, del 16/12/1966*. Su art. 6°, 1, reconoce el derecho al trabajo, debiéndose asegurar la orientación técnica y profesional, así como a la educación y a la cultura en general (arts. 6°, 2, 13° y 15°). Las condiciones de trabajo deberán ser justas, al igual que las remuneraciones, al mismo tiempo que establecer que a igual trabajo ha de haber igual remuneración (art. 7°, a, i), del mismo modo que una adecuada seguridad e higiene en el trabajo (art. 7°, b), la promoción en el trabajo (art. 7°, c), el descanso semanal y vacacional pagado (art. 7°, d). El derecho a la sindicación y de la acción sindical, dentro del que está la negociación colectiva y huelga (art. 8°, 1, a, c y d). El derecho a la seguridad social y a la asistencia social, a la elevación del nivel de vida del individuo y su familia, incluida su salud mental (arts. 9°, 10°, 11° y 12°).
- *El Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptado por el Asamblea General de las Naciones Unidas, del 21/12/1965*. Su art. 1° define a la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, que tenga por objetivo o por efecto destruir o comprometer el reconocimiento, la satisfacción o el ejercicio de las condiciones de igualdad, de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales en el dominio político, económico, social y cultural o de cualquier otro dominio de la vida pública. El art. 2° consigna el compromiso que los Estados miembros llevarán a cabo para eliminar toda forma de discriminación racial, y para tal fin se interiorizan a acordar los siguientes derechos: a) tratamiento igual en los tribunales y demás órganos administrativos; viii) derecho a la libertad de opinión y de expresión; ix) derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica; e) acceso a los

interiores imprenta.indb 253 06/06/2017 06:37:49 a.m.

derechos económicos, sociales y culturales, i) derecho al trabajo, a su libre elección, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a un salario igual por igual trabajo, a una remuneración equitativa y suficiente; ii) derecho a fundar sindicatos; iv) derecho a la salud, a los medicamentos, a la seguridad social y a los servicios sociales; v) derecho a la educación y a la formación profesional.

- *El Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, adoptado por el Asamblea General de las Naciones Unidas del 18/12/1979*. Su art. 1° define a la discriminación, igualmente, como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en el sexo que tenga por objetivo o por efecto destruir o comprometer el reconocimiento, la satisfacción o el ejercicio de las mujeres, sin importar su estado conyugal, sobre la base de la igualdad del hombre y de mujer, de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales en el dominio político, económico, social, cultural y civil o de cualquier otro dominio. El art. 2° consigna el compromiso que los Estados miembros llevarán a cabo para eliminar toda forma de discriminación en contra de la mujer, debiendo adoptar medidas legislativas al respecto, específicamente tratadas en el art. 10°, acordando los siguientes derechos a las mujeres: a) derecho al trabajo en tanto derecho inalienable de todo ser humano; b) derecho a las mismas posibilidades de empleo, aplicándose los mismos criterios de selección; c) derecho a la libre elección de la profesión, el empleo y a todas las prestaciones y condiciones de trabajo; d) derecho a la igualdad de remuneraciones, así como a igual remuneración por igual trabajo; e) derecho a la seguridad social-salud, jubilación, protección contra el desempleo, las enfermedades, invalidez, vacaciones; f) derecho a la protección de la salud, a la seguridad en las condiciones de trabajo y la protección a su función reproductiva.
- *Convención relativa a los derechos del menor, adoptado por el Asamblea General de las Naciones Unidas del 20/11/1989*. Su art. 1° define como menor a quien tiene menos de 18 años, salvo que su mayoría esté consignada de modo diferente por la legislación nacional. El art. 13°, 1, le acuerda la libertad de expresión. El art. 23°.1, garantiza la dignidad, al mismo tiempo que propugna que los discapacitados mentales o físicos deberán llevar una vida plena y decente. El art. 24°, 1, propone el derecho del menor para acceder al mejor estado de salud y de beneficiarse de los servicios médicos y al de la Seguridad Social (art. 26°,1). El derecho a la educación lo albergan los arts. 28°,1 y 29°,1. El derecho a la explotación económica lo prevé el art. 32°,1; y, sobre la explotación sexual, el art. 34°. El art.37°, d, fomenta la asistencia judicial del menor.
- *Convenio N° 182 de la OIT, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, así como de las acciones inmediatas para eliminarlas. Génova, del 17/06/1999*. Su art. 2° define como menor a quien tiene menos de 18 años. El art. 3° entiende como las peores formas de trabajo infantil: a) toda forma de esclavitud o de prácticas análogas; b) la prostitución y pornografía infantil; c) su reclutamiento para fines ilícitos tal el tráfico de drogas; d) trabajos que afecten su salud, seguridad o moralidad. Para evitar las peores formas de

interiores imprenta.indb 254 06/06/2017 06:37:49 a.m.

trabajo infantil los Estados deberán procurar: b) la ayuda directa, necesaria y apropiada para sacar a los menores de las peores formas de trabajo infantil; c) acceso a la educación gratuita; d) identificar a los menores expuestos a riesgos y contactarlos; e) tener en cuenta la situación especial de las menores.

- *Convención sobre los derechos de las personas discapacitadas del 13/12/2006*. Su art. 2° define en su tercer acápite como discriminación del discapacitado -confirmando coherencia sobre el particular- toda distinción, exclusión o restricción fundada sobre la discapacidad, que tenga por objetivo o por efecto comprometer o reducir a la nada el reconocimiento, la satisfacción o el ejercicio, sobre la base de la igualdad del hombre y de todas las libertades fundamentales en el dominio político, económico, social, cultural, civil u otros.

  La discriminación del discapacitado comprende todas las formas que abarca esta práctica, y comprende el rechazo para enmendar tales actos. El art. 2° consigna los principios de la Convención, siendo ellos: a) el respeto de la dignidad intrínseca comprendiendo la libertad de hacer y la independencia de la persona: b) la no discriminación; c) la participación e integración plena y efectiva dentro de la sociedad; respeto a la diferencia y la aceptación del discapacitado como formando parte de la diversidad humana y de la humanidad; d) igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) igualdad entre hombres y mujeres; h) respeto del desarrollo y capacidades de los menores discapacitados y el derecho de los menores discapacitados para preservar su identidad. La igualdad de los discapacitados lo disciplina el art. 5°, y los arts. 6° y 7° están reservados a las mujeres y menores discapacitados. El 17° contiene el acceso a la justicia, el art. 22° al respeto de la vida privada, el 24° a la educación, el 25° a la salud, el 27° al trabajo y al empleo, el 28° al acceso a un nivel de vida adecuado y a la protección social.

- *Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos del hombre del 11/11/1997* (adoptado por la Conferencia General de la UNESCO). Su art. 2° manifiesta que el genoma humano sobreentendido como la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana, determina el reconocimiento de su dignidad intrínseca y de su diversidad. En un sentido simbólico es patrimonio de la humanidad. El art. 2°, a, consigna que cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y el de sus derechos sin importar sus características genéticas. El art. 2°,b, menciona que no se puede reducir las características genéticas del individuo, al mismo tiempo que respetar el carácter único de su diversidad. El art. 4° señala que el genoma humano no puede ser objeto de venta y el art. 6° precisa el principio de no discriminación fundada sobre los caracteres genéticos, mientras que el art. 7° se detiene a encarar la confidencialidad de los rasgos genéticos asociados a una persona identificada. El art. 10° propone que la investigación concerniendo al genoma humano, sus aplicaciones, en particular en el dominio de la biología, genética y de la medicina, deberán respetar los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana de los individuos o grupos de individuos sujetos a tales investigaciones.

interiores imprenta.indb 255 06/06/2017 06:37:49 a.m.

- *Declaración universal sobre la biótica y los derechos del hombre* *del 19/10/2005* (adoptado por la Conferencia General de la UNESCO). Su art. 1° manifiesta que esta Declaración trata las cuestiones éticas planteadas por la medicina, las ciencias de la salud y las tecnologías a las que está asociada, aplicables a los seres humanos deberán tener en cuenta su dimensión social, jurídica y del medio ambiente. El art. 3° enumera los principios de la Declaración siendo ellos: 1) el respeto de la dignidad humana, los derechos del hombre y las libertades fundamentales; 2) el interés por el bienestar del individuo deberá prevalecer sobre el solo interés de la ciencia o la sociedad; y el art. 6° precisa, que toda intervención médica de carácter preventivo, de diagnóstico o terapéutica no puede suministrarse sino con el consentimiento previo, libre y claro de la persona concernida, acordándole la información suficiente, el respeto a la vida privada y confidencialidad lo consigna el art. 9°, el principio igualdad, justicia y equidad lo prevé el art. 10° y el de no discriminación fundada sobre la dignidad de la persona lo contempla el art. 11°.

4. La tutela de los derechos fundamentales dentro de la empresa

4/ Los derechos fundamentales no pueden ser modificados, abrogados ni aminorados en su valor por el hecho de ser trabajador y laborar bajo dependencia; y si ello ocurre, el afectado puede solicitar la tutela jurisdiccional laboral para que se le acuerde la mejor satisfacción contra la afectación del derecho fundamental producido, más cuando muchos de ellos han sido asimilados del Derecho Internacional Público a nuestra realidad jurídica, o su tendencia es constitucionalizarlos progresivamente como es nuestro caso.

Siendo imposibles abolirlos por su cohesión social, cualquier derecho fundamental que esté albergado dentro de nuestro sistema determina sin más, que su respeto se equipare con aquél derecho que se halla en la cúspide legislativa, que aunado al derecho supranacional que igualmente lo inspira, representa un quehacer jurisdiccional de última generación, incluyendo su jurisprudencia que, si es normativa o de especie, es de aplicación inexorable del lado de los órganos jurisdiccionales, a quienes se les exige su acatamiento sin condiciones, mecanismo de garantía especial que abona porque nuestro derecho social se ensanche exponencialmente como lo reclama el art. IV del TP de la NLPT.

De otro lado, los jueces laborales son los garantes de los derechos fundamentales laborales cuya vulneración se produzca en esta rama[(6)], sobre todo si tienen que ver con la dignidad del trabajador.

En nuestro país donde es acentuada la alergia al movimiento sindical, se tiene una desviada actuación lesiva contra la libertad sindical en su aspecto individual o colectivo, el desenfrenado despido inmotivado o el fraudulento en contra de

(6) MONEREO PÉREZ, José y FERNÁNDEZ AVILÉS José Antonio, La Tutela de los Derechos Fundamentales, in, El Nuevo Proceso Laboral, cit., p. 796.

interiores imprenta.indb 256 06/06/2017 06:37:49 a.m.

sus dirigentes, sobre todo, cuando hacen activar su acción sindical vía los pactos colectivos o huelgas; de donde pues, aquí navega un cúmulo de actos hirientes contra la dignidad humana de dichos protagonistas; pero del mismo modo, en contra del grupo organizado. Pero no es lo único que aquí se avizora, puesto que el tema que atañe a la dignidad de la persona antes de su reclutamiento, al ejecutar el contrato laboral y al extinguirse éste, representa la comidilla diaria de una vulneración creciente arquetipada en el medio, lo vemos presente igualmente en lo atinente al derecho de privacidad personal y familiar del extrabajador, la discriminación y demás tópicos vinculados con el tema, siendo relevante por ello la rapidez y especialidad con la que se deben encarar estos problemas necesitados de tutela, institucionalizándose así y de modo activo el orden social juslaboralista *in sede iurisdictionis*.

En conclusión, a partir de la vigencia de la NLPT los jueces laborales son competentes para ventilar el vasto e ignorado capítulo de los derechos humanos del trabajador, comprendiendo los aspectos "calientes" de la discriminación, el tema de su dignidad, los aspectos relacionados con su conciencia, creencias, opciones, los despidos incausados o fraudulentos y los relacionados con la libertad sindical, etc., y con ello consideramos que la preservación, reserva y castigo de los que osen vulnerar tales derechos en las prestaciones de trabajo representa ahora una real garantía del trabajador, ya que sabrán los afectados y agentes activos de esa afectación a qué atenerse. Se abre así un nuevo capítulo para la actividad jurisdiccional del país en un asunto sensible y de tanta repercusión para el respeto de la dignidad humana.

Las empresas son comunidades compuestas de capital y trabajo, es decir, existe una comunidad humana alrededor de ella y que hará "marchar" a ese capital que se ha echado andar; por lo tanto, nada arbitrario, abusivo, irrazonable ha de transitar por la mente de quienes dan las órdenes de trabajo para que en ellas se originen violaciones contra los derechos fundamentales de los servidores allí empleados, bajo la justificación de que son dependientes y/o ellos los dadores del trabajo. Se ha repetido por eso, que el trabajo es un deber y un derecho, no así una mercancía.

Ha sido sin duda el respeto del principio de buena fe, así como el de la fuerza obligatoria del contrato de trabajo (*pacta sunt servanda*) que en un primer momento cimentaron el respeto de la dignidad del trabajador, factor que ha permitido la unidad al interior de las empresas de quienes allí laboran, sin importar el lugar que ocupan. Luego se ha pasado a elaborar criterios más puntuales sobre el tema abordado, como concebir la redacción y ejecución de un código ético, profesional, confidencial, la moral de equipo y la cultura empresarial[7], entre otros criterios modernos, que paulatinamente son motivo de respeto.

Lo evidente es, que las normas existen, y su trasgresión da lugar a su reparación judicial, siendo ahora los jueces laborales los llamados a sancionar tales agravios.

(7) PACHECO ZERGA Luz, op. cit., p. 35.

interiores imprenta.indb 257 06/06/2017 06:37:50 a.m.

5. Consecuencias jurídicas

5/ Lo importante de la ley es que exista a lamentar su inexistencia, resultando de trascendencia jurídica para el medio que la temática internacional y nativa de los Derechos Humanos haya sido adoptada por la NLPT en sus arts. IV del TP y 10ª. DC, como ya se refirió. Esto hace sugerir que ingresamos dentro del camino correcto de concebir las prestaciones laborales como derechos humanos a preservar y hacer respetar, de modo que el art. 22° de la Constitución que nos indica que el trabajo es un deber y un derecho queda revalorado de modo pleno, puesto que representa una exigencia de la dignidad humana, en razón de que el trabajador se realiza con su trabajo, en sí mismo privilegio que lo trasciende[8]. El trabajador adquiere y mantiene incólume su dignidad trabajando.

Son derechos humanos, los derechos fundamentales, enumerados *ut supra*, N° 138. Interesa aclarar de otro lado, que dentro del campo laboral hallamos la penalidad contra la discriminación en el reclutamiento de la mano de obra (LS. N° 26772 y 27270 y D.S. N° 002-98-TR), en la promoción del trabajador, en la paga de las remuneraciones, los actos de hostilidad que atentan contra la dignidad del trabajador (arts. 29°,d, y e. y 30°,f, del TUO-728), la propalación de las opciones del trabajador, la exposición a censura de sus convicciones, etc. También está el tema del acoso sexual. Existe, asimismo, una legislación fundamental generada para que se tengan que respetar a estos derechos como normas específicas. Aquí se apuntala como fundamento de la acción que el empleador no puede modificar en lo material la parte esencial del contrato de trabajo, puesto que cae dentro del factor determinante de los actos de hostilidad. En lo subjetivo, tampoco puede dar riendas sueltas para afectar la parte interna del trabajador, puesto que estaría dentro de la pendiente de la afectación pura y simple de derechos fundamentales del asalariado.

Es tal vez al término de la relación laboral donde la afectación de la dignidad se hace mucho más acuciante, debido a que el trabajo es un bien escaso como ampliamente se ha mencionado, y se tienen despidos vejatorios que afectan la dignidad, son abusivos o fraudulentos (STC, casos Llanos Huasco y Baylón Flores, Nos. 097-2001-AA/TC del 13-03-2003 y 0206-2005-AA/TC), sentencias normativas asimiladas por el I Pleno Jurisdiccional Supremo, Lima, del 2012, adoptando todo este bagaje de doctrina judicial a partir de entonces, una actividad jurisdiccional autónoma por el art. 2°, 2 de la NLPT, para los cuales se ha instituido un proceso abreviado para transigirlos (art. 2°,2 de la NLPT). En apoyo general de esta nueva conciencia colectiva procesal sobre el tema acuden, asimismo, los arts. IV y 10ª. DC de la NLPT, ampliamente comentados. De esta manera, la nulidad del despido que taxativamente disciplinó que iba en contra del honor y las buenas costumbres y el acoso sexual (Art. 29° del TUO-728) y que hasta no hace mucho era la parte emblemática del despido ha sido ampliamente sobrepasado, porque el tratamiento de los casos de despidos vejatorios específicos se tramitan no como proceso

(8) PACHECO ZERGA Luz, op. cit., pp. 43-44.

interiores imprenta.indb 258 06/06/2017 06:37:50 a.m.

ordinario sino como abreviado[9], y es posible que los jueces en estos casos apliquen sin restricción alguna los principios *infra*, *extra* o *plus petita*[10].

De esta manera, nuestra tendencia jurisprudencia y legal contempla la afectación de la dignidad como acto discriminatorios; pero del mismo modo como actos patronales independientes a tal acción vejatoria, partiendo de la idea de que el empleador es el dador del trabajo y éste ha de ser real y efectivamente ejecutado conforme a las pautas contractuales adoptadas, respetando la jornada diaria o hebdomadaria fijada, que ese trabajo sea realizado de buena fe, núcleo duro de la dignidad humana, leal y veraz[11].

6. Los medios probatorios en los procesos vinculados con los derechos humanos y la actuación jurisdiccional

6/ - Son los jueces especializados de trabajo que deberán aplicar ahora la normativa fundamental antes descrita, que sometida a su autoridad serán los instrumentos jurídicos tenidos a la mano para resolver temas como los aquí descritos, los mismos que han de ser considerados y ponderados como "componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva" (STC, EXP. N° 02914-2012-HC/TC).

De otro lado, se tiene el Derecho Internacional Público que ha dividido en dos bloques el modo cómo los países asimilan a este derecho: el *self executing* y el *self no executing*, es decir, aquellos que sin remilgos asimilan la legislación internacional, sobre los derechos humanos a su legislación interna, caso de la mayoría de países desarrollados occidentales; y aquellos otros que prefieren ejercer el control legislativo interno como condición para asimilarlo después, caso de la mayoría de países en desarrollo dentro de los cuales está el nuestro. Es dentro de este ideario que el art. 55° de la Constitución menciona: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional", ratificando entonces por qué la legislación internacional en su conjunto no ha pasado a formar parte de nuestro derecho positivo interno, ya que aquella no ha pasado por el tamiz del Congreso de la República (art. 56°), razón que tienen muchos de nuestros jueces para no estar en aptitud de recoger tal normativa. Incluso como práctico del derecho me he tropezado con jueces dubitativos para aplicar la legislación internacional ya ratificada por el Perú, al indicar que el poder de la ley nacional es de mayor jerarquía que la internacional, hipótesis folclórica si tenemos en consideración que el derecho internacional público es la síntesis del pensamiento social contemporáneo; por consiguiente, de mayor valía jurídica que la nacional.

(9) Importa agregar que los arts. 25°,14, 25°,15, 25°,16, 25°,17 y 25°,18 del D.S. N 019-2006-TR, modificado por el D.S. N° 019-2007-TR, reglamento de la L. N° 28806 enumeran como faltas patronales graves los actos de hostilidad, hostigamiento sexual, las medidas para prevenir o cesar los actos de hostilidad y hostigamiento sexual, la protección de la mujer en estado de gestación, la discriminación directa e indirecta del trabajador; en fin, el trabajo forzoso, y sus sanciones a imponer por las mismas son ejemplares.

(10) PACHECO ZERGA Luz, op. cit., p. 41.

(11) PACHECO ZERGA Luz, op. cit., p. 43 y ss

interiores imprenta.indb 259 06/06/2017 06:37:50 a.m.

Entonces, la legislación internacional está allí, y poco importa para la evolución del derecho fundamental que la norma haya sido ratificada por nuestro país, ya que sí nada está legislado en el interior nuestro sobre los aspectos fundamentales del individuo, la suplencia de este vacío tendrá que ser colmada por el juzgador, y ha de hacerlo aplicando los principios generales del derecho, al mismo tiempo que el derecho internacional público vinculado con los derechos laborales (arts. IV del TP y 10ª. DC de la NLPT).

- Pero qué hay sobre el derecho de defensa y los medios probatorios, estos últimos escasos en temas que amalgaman un asunto como el descrito. Con relación a lo primero, el proceso sobre afectación de derechos fundamentales no deja de ser un proceso judicial donde la demanda debe contener "la precisión suficiente del derecho infringido y, en todo caso, una relación fáctica completa y singularizada, sin que baste la mera descripción de la pretensión, incluyendo, además, los posibles indicios de discriminación o vulneración del derecho fundamental para, así, evitar la posible indefensión material del demandado, permitiéndole de este modo, articular correctamente su defensa"(12), ya que lo singular de estas demandas es que se mueven en base a indicios que coadyuvada con la aplicación de la teoría activa de la prueba, así como los sucedáneos de los medios probatorios (art. 29° de la NLPT) colocaría al proceso en una perspectiva mejorada respecto de cualquier otro proceso judicial. En efecto, nada será evidente para saciar la probanza que cualquier otro tema laboral tiene con los medios probatorios clásicos (art. 23° de la NLPT), respecto de lo relativo a la probanza de la afectación de los derechos humanos, puesto que aquí se larvan las cosas *in reverso* del individuo; de ahí que la herramienta probatoria preeminente es la *probatio diabolica*, en razón de que las cosas a este nivel se presentan en la evidencia, en la oscuridad, en el umbral de lo conocido. Es el motivo por el que el juez en este campo su actuar ha de ser *pro activo plus ultra*, es decir, sin exigir "demostrar los hechos indicados en la demanda", o sea, con la máxima romana clásica relacionada con la carga probatoria (*onus probandi*), puesto que en esa antigua civilización nada fue expresado sobre los derechos humanos, tema que la humanidad no hace más de 70 años a la fecha, que le viene ocupando el espacio jurídico hasta ahora conocido. Asimismo, la reversión de los medios probatorios es directa, ya que, ante un indicio presentado por el demandante, corresponderá al demandado acreditar las razones que tuvo para gestar el conflicto luego reclamado como afectación del derecho fundamental en ciernes; o sea, se produce la inversión o reversión de la carga probatoria. Si los indicios no son aportados entonces volvemos al *onus probandi*, es decir, al punto de que quien ha afirmado lo dicho deberá probarlo (*affirmantis est probare*), propio de todo proceso común; por lo tanto, la inversión de la prueba ha de entenderse que para estos procesos no es automática; por eso se habla de un "principio de prueba" que genere en el juzgador un convencimiento razonable sobre la

(12) MERCADER UGUINA, citado por José Luis Moreno Pérez y José Antonio Fernández Avilés, in, La Tutela de los Derechos Fundamentales, El Nuevo.., cit., p. 828.

interiores imprenta.indb 260 06/06/2017 06:37:50 a.m.

probabilidad de la lesión. Esto es así porque las pruebas directas en este tipo de procesos sino no son escasas son inexistentes; de ahí el "aligeramiento" o la "facilitación" de la prueba que, en cierta medida "corrige" o "matiza" la regla general de la prueba plena…, y todo ello cristalizando un *modelo abierto* de distribución de la carga de la prueba"(13). Un indicio razonable y puntual sería la "coincidencia" del empleador de despedir a los trabajadores sindicalizados o de una edad determinada (caso telefónica, STC, Exp. N° 1124-2001-AA/TC); el desplazamiento geográfico de los dirigentes sindicales para desarticular la vida sindical; el ascenso del dirigente para que deje de ser obrero con el que es dirigente gremial; el conocido despido de la mujer embarazada; las sanciones disciplinarias impuestas luego que el trabajador se enfermó o afilió a un sindicato; la marginación para no ascender debido al rechazo al acoso sexual; los cambios repentinos de trabajo por supuesta reorganización de la empresa cuando la razón del cambio está camuflada, no renovación contractual, etc. Bajo estos u otros indicios afirmados, corresponderá al demandado acreditar que lo ejecutado en lo absoluto responde a la lesión del derecho fundamental o libertad pública consignada como razón de la demanda, es decir, que su actuar ha sido legítimo, no existiendo la mínima sospecha de haber avasallado el derecho supuestamente lesionado. Mas, siendo estos los escenarios de la demanda y de la defensa, los indicios y medios probatorios aportados por las partes, corresponderá al juez solicitar a través de los medios probatorios de oficio aquellas pruebas que sustenten aún más las afirmaciones indiciarias propuestas por el actor y los medios probatorios presentados por el demandado. Al final el juzgador aplicará el principio de razonabilidad, objetividad, costo-beneficio patronal por la decisión adoptada, graduación, inmediatez, discrecionalidad, entre otros, para dirimir el asunto controvertido.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Es plausible que los jueces de trabajo tengan a partir de la NLPT la honrosa misión de asegurar, tramitar y resolver los asuntos vinculados con la parte interior del ser humano-trabajador, es decir su dignidad; y no tanto ventilar la parte material de las obligaciones que dimanan de la ejecución del contrato de trabajo como lo habían hecho hasta antes del dictado de la nueva norma procesal laboral. El tema es, que los derechos fundamentales no han sido regulados adecuadamente en el medio; se confunden con los derechos constitucionales o los derechos humanos o las libertades públicas. Si a ello agregamos que este derecho tiene una posición dominante del Derecho Internacional y Comparado, poco o nulamente conocido en el medio, determinan que la labor justiciera no sea de suyo la más propicia para permitir por el instante que estos temas adopten una posición coherente con lo que la normativa en sí mismo estatuye.

(13) MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio, in, La Tutela de los Derechos Fundamentales, El Nuevo.., cit., pp. 841-845.

interiores imprenta.indb 261 06/06/2017 06:37:50 a.m.

SEGUNDA. Lo importante finalmente es, que sean los jueces laborales los llamados a transigir estos delicados asuntos, a tener que soportar como lo fue hasta no mucho, que jueces sin conocimiento de la materia laboral lo hicieran, gestando una jurisprudencia poco acorde con los asuntos dirimidos, salvo las honrosas excepciones realizadas por el Tribunal Constitucional.

TERCERA. Corresponderá ejercer una labor de difusión mucho más enjundiosa sobre este tema, de modo que se inicie una cruzada para que los derechos fundamentales finalmente se integren al quehacer jurisdiccional laboral especializado del medio.

Lima, abril del 2017.

interiores imprenta.indb 262 06/06/2017 06:37:50 a.m.

LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN EL PERÚ

Luis Serrano Díaz[1]
(Perú)

ABSTRACT: Es un hecho real y también triste, las estadísticas sobre la cantidad elevada de los accidentes de trabajo mortales e incapacitantes que se producen a diario, en el mundo entero y por supuesto en nuestro país, y la situación es más crítica aun cuando los trabajadores accidentados trabajan en la economía informal, por cuanto no tendrán las prestaciones de salud y quedarán en total desamparo en caso de ocurrir un accidente, lastimosamente los accidentes son muy frecuentes y no solo en el Perú sino en varios países de Latinoamérica; es un problema que entristece a muchas familias y trabajadores; frente a esta problemática me gustaría preguntarles si me acompañan a empezar a disminuir, revertir las cifras en el mediano plazo y hacer que más trabajadores regresen a sus hogares sanos y salvos y más familias tengan la alegría de tener los ingresos económicos que aporta quien trabaja y su vez tener la calidez que brinda una persona que tiene un ambiente de trabajo adecuado y seguro; entendiendo que

(1) Abogado y Doctorando por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM¸ CPC Universidad Nacional del Callao- UNAC, Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social - Pontificia Universidad Católica del Perú- PUCP, Docente Universitario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos UNMSM CEUPS FCC, Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social - Universidad de Salamanca, España. Participante del Curso de Responsabilidad social y medioambiental y competitividad empresarial en la Escuela Complutense Latinoamericana. Integrante del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-ILTRAS; Integrante de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Dr. Guillermo Cabanellas. Inspector del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral-SUNAFIL Perú. Miembro del Comité Científico de la Revista Reveu Europenne Du Droit Social de Rumania Europa. Integrante de la Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional -CIELO

interiores imprenta.indb 263 06/06/2017 06:37:50 a.m.

somos amantes de la vida asumo que su respuesta es positiva, veamos cómo podemos lograr el objetivo planteado. Por temas laborales pude recorrer el país entero y observar de cerca distintos tipos de trabajo, en las diferentes regiones del país, y un hecho que pude percibir es que la cultura de prevención de la seguridad y salud es aún muy baja, no se toma conciencia de la seguridad y salud en el trabajo hasta que ocurre un accidente, tampoco de lo que vale la vida y la dignidad de la persona, el desconocimiento y la exposición a los peligros y riesgos es muy elevada, etc.; la falta de conocimiento es uno de los elementos sobre los cuales debemos encaminar los cambios para lo cual postulo la difusión y el entendimiento de un nuevo concepto de trabajo decente, trabajo digno; otro elemento importante es la voluntad política de los órganos de gestión de las empresas y del estado, que deben ser quienes asuman el liderazgo de estos cambios, dado que un accidente de trabajo genera pérdidas elevadas en la producción y en la economía del país; un tercer elemento es el control de parte de las instituciones vinculadas a la fiscalización de la seguridad y salud en el trabajo, entre ellas la inspección del trabajo que cumple un papel loable, pero que no es suficiente para la magnitud y población económicamente activa que tenemos. Sobre estos tres ejes es que estructuro el presente artículo con el único objetivo de llegar a ustedes apreciados lectores y sembrar la cultura de prevención y así mismo pedirles que se sumen en este objetivo de compartir la importancia de la seguridad y salud en el trabajo, que si bien normativamente está fortaleciéndose a partir de la Ley de seguridad y salud en el trabajo Ley 29783 y su Reglamento D.S. 005-2012-TR y un conjunto de normas adicionales, pero que es urgente su difusión, conocimiento, entendimiento y sobre todo su aplicación, por un número mayor de empresas y trabajadores.

KEYWORDS: Seguridad y salud en el trabajo- Accidentes de trabajo- Cultura de prevención- Voluntad política- Inspección de trabajo - Trabajo digno.

I. MARCO NORMATIVO DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN EL PERÚ

En relación a las normas que regulan la Seguridad y Salud en el Trabajo, es importante mencionar que en la presente década se dieron muchas normas que están fortaleciendo y dando una sólida base jurídica y normativa para desarrollar los sistemas de gestión de seguridad y salud en las empresas. Veamos a continuación las principales normas que tenemos hasta la fecha:

- LEY 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo
- D.S. 005-2012-TR, Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo
- R.M. 148-2012-TR, Guía y formatos referenciales- proceso de elección representantes de trabajadores ante el comité de SST
- R.M. 050-2013-TR, Formatos Referenciales que deben contemplar la información mínima los registros obligatorios SGSST
- R.M. 085-2013-TR, Sistema simplificado de registros del sistema de gestión de SST para MYPE
- D.S. 014-2013-TR, Reglamento del registro de auditores autorizados para la evaluación periódica del SGSST
- Ley 30222, Modificatoria de la ley de seguridad y salud en el trabajo
- D.S. 006-2014-TR, Modificatoria del reglamento de la ley de seguridad y salud en el trabajo
- D.S. 010-2014-TR, Norma complementaria para aplicación de la única disposición complementaria transitoria Ley 30222

interiores imprenta.indb 264 06/06/2017 06:37:50 a.m.

- D.S. 012-2014-TR, Aprueba Registro Único de Información de Accidentes de Trabajo
- R.M. 375-2008-TR, Norma Básica de Ergonomía y de Procedimiento de Evaluación de Riesgo Disergonómico
- Ley 26790, Ley de Modernización de la Seguridad social en Salud
- D.S. 009-97-SA, Reglamento de la Ley 26790
- D.S. 003-98-SA, Norma técnica del SCTR
- R.M. 480-2010-MINSA, Listado de Enfermedades Profesionales
- R.M. 015-2005-SA, Reglamento Valores Límites Permisibles para agentes químicos en ambientes de trabajo
- R.M. 312-2011-MINSA, Documento Técnico Protocolo de los Exámenes Médicos Ocupacionales por Actividades
- R.M. 004-2014-MINSA, Modificatoria del Protocolo de Exámenes Médicos Ocupacionales
- R.M. 571-2014-MINSA, Modifican Documento Técnico del Protocolo de Exámenes Médicos Ocupacionales

Es evidente que la normativa se incrementó, no obstante debemos hacer que se conozcan, se entiendan y se practiquen, en este último punto falta realmente mucho; la cantidad de accidentes y denuncias por incumplimientos son indicadores de ello. Por lo que, debería realizarse una mayor difusión por las entidades encargadas de la seguridad y salud en el trabajo y mediante la formación e información que las empresas tienen como una obligación.

II. UNA MIRADA AL ESTADO ACTUAL DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN EL PERÚ

El panorama no es muy alentador en el año 2015 ocurrieron 115 muertes en los centros de trabajo de Lima y Callao, lo que nos muestra que hay problemas que aún están pendientes de ser abordados con mayor énfasis. Además de los accidentes fatales muchas personas han perdido partes del cuerpo: mano, pierna, ojos, etc., producto de la realización de sus labores.

Según un informe periodístico del Comercio que toma como base los reportes presentados al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante MTPE); en promedio cada 24 horas: 44 trabajadores se accidentan, un empleado muere cada cinco días, durante su jornada de trabajo, en el año 2015 fallecieron 94 trabajadores que representan el 55 % de decesos ocurridos en el país.

Es importante anotar que las cifras que están en los reportes son de empresas formales que informan los accidentes al MTPE, no obstante el nivel de informalidad en nuestro país es elevado y dentro de esa informalidad no es posible saber con certeza cuantos accidentes de trabajo se presentan, es de suponer que el número es también elevado, esto termina distorsionando la información con que se cuenta,

interiores imprenta.indb 265 06/06/2017 06:37:50 a.m.

y por tanto relativizando las cifras, lo que no cabe duda es que si en el sector formal existen accidentes sin duda alguna en el sector informal los hay en mayor número, ya que en estas empresas no se tiene un sistema de gestión, ni las condiciones de seguridad mínimas que garanticen la salud y el bienestar de los trabajadores.

Las lesiones más recurrentes cuando ocurre un accidente según las estadísticas son: en la mano, dedos de la mano, pie, rodilla, ojos, región lumbosacra, etc. Por otra parte los sectores donde ocurrieron más accidentes en el año 2015 fueron: manufactura 4,687; actividades inmobiliarias 3,350; construcción 2,628; comercio y reparación de vehículos 1,883; transporte, almacenamiento y comunicaciones 1,200; un total de 16,165 accidentes de trabajo durante el año 2015 (Fuente Diario El Comercio 12.05.2016).

En cuanto a enfermedades ocupacionales también un indicador son las denuncias en vía judicial que se presentan por distintas enfermedades producto del trabajo, tal es el caso de demandas por silicosis, neumoconiosis, etc.

Esto nos muestra que el estado de la cuestión es realmente crítico y que debería preocuparnos y ocuparnos en analizar cuál es el origen de tal situación y encontrar la forma de cambiar esta realidad, en la cual debe existir el compromiso del sector empresarial y trabajador, y del propio Estado.

III. LA INFORMALIDAD LABORAL Y LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

La informalidad laboral podría ser descrita de muchas formas y maneras, en el presente texto lo expresaremos desde la óptica laboral en los términos siguientes; la informalidad laboral es un fenómeno multicausal que implica la vulneración de derechos fundamentales laborales, de la seguridad y salud en el trabajo y de la dignidad del trabajador; fenómeno que ocurre principalmente entre otros factores porque **no existe una cultura de valoración de la dignidad de la persona del trabajador y por la falta de difusión, promoción y entendimiento de lo que implica el Trabajo Decente o Trabajo Digno** por los diferentes actores sociales: el Estado, empresarios y trabajadores.

La informalidad laboral que se expresa en la no inscripción de los trabajadores en las planillas y que tiene como justificación el desconocimiento del marco normativo, esto debido a la escasa promoción de los derechos laborales, la poca difusión de las normas laborales. Sin embargo, también tenemos el caso que a pesar de tener conocimiento de las normas legales, muchas empresas deciden de manera intencional mantenerse en la informalidad para no estar dentro del radar de la inspección de trabajo. En ambos casos se afecta al trabajador al dejarlo fuera de la protección que le brinda la seguridad social y por tanto no podrá gozar de las prestaciones de prevención ni atenciones frente a la ocurrencia de un accidente de trabajo.

La informalidad en el tema de la seguridad y salud en el trabajo termina afectando fundamentalmente a los trabajadores de las micro y pequeñas empresas, debido a que el trabajador está mucho más expuesto a los peligros y el riesgo de

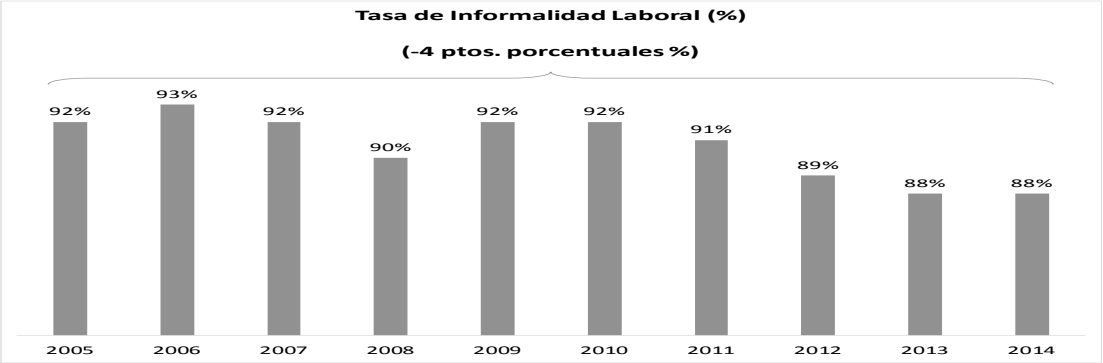
interiores imprenta.indb 266 06/06/2017 06:37:50 a.m.

que se accidente es muy alto, debido a que las condiciones de seguridad no son adecuadas para que el trabajador pueda desarrollar su trabajo.

Veamos cuales son los porcentajes de informalidad en el ámbito de las Micro y Pequeñas empresas:

GRÁFICO 1

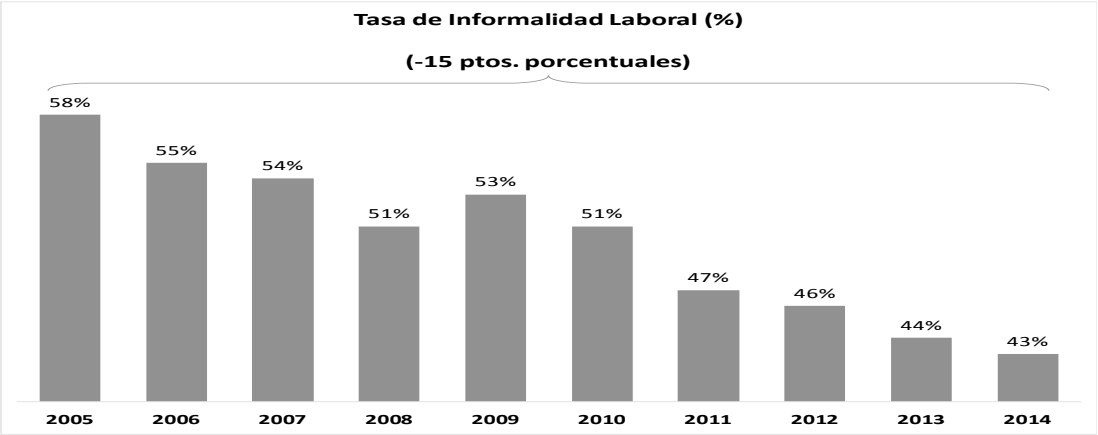
En las empresas de 2 a 10 trabajadores (Microempresas). Las tasas de informalidad se han mantenido muy elevadas y con una muy ligera contracción, al pasar de 92% en el 2005 a 88% en los últimos 10 años.



Fuente: INEI -ENAHO, 2011/MPTE-DIESEL. Elaboración: Viceministerio de Trabajo

GRÁFICO 2

En las empresas de 11 a 100 trabajadores (Pequeñas empresas). La informalidad se ha reducido en 15 puntos porcentuales en los últimos 10 años.



Fuente: INEI -ENAHO, 2011/MPTE-DIESEL. Elaboración: Viceministerio de Trabajo

Ante esta situación que expone la vida del trabajador es importante desarrollar las estrategias necesarias y brindar a la micro y pequeñas empresas el apoyo necesario y orientación para hacer que pasen de la informalidad a la formalidad

interiores imprenta.indb 267 06/06/2017 06:37:50 a.m.

y que implementen su sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, con lo que se lograría evitar y reducir las elevas cifras de accidentes laborales que se tiene.

Por último, la informalidad es uno de los problemas que implica una afectación a la persona humana así como al trabajador, al estar éste en una total desprotección, por lo que la coraza protectora del derecho laboral no lo alcanza, es por ello que la inspección de trabajo debe apuntar no sólo al ámbito formal donde normalmente desarrolla su labor sino ir más allá, a la economía informal; por tanto, debemos recordar que el Trabajo Decente planteado por la Organización Internacional del Trabajo-OIT, abarca no sólo al trabajo formal sino también a la denominada economía informal, en concordancia con ello la inspección de trabajo también debe velar y fiscalizar que el Trabajo Decente se cumpla no sólo en ámbito formal, sino también en la economía informal, buscando que los trabajadores pasen a la economía formal y por tanto, se les respete sus derechos laborales individuales, colectivos, y de seguridad y salud en el trabajo, por ello debe ampliar su ámbito y accionar al trabajo autónomo y el ámbito informal, aplicando sus funciones orientadora, fiscalizadora y de propuesta legislativa. Vale decir en concordancia con el Convenio 81 de la OIT, la inspección laboral debería extender su ámbito(2) de alcance el sector informal y además en su desarrollo la inspección podría comprender planes de formalización laboral, que incluyan los compromisos de formalización por parte de quienes se encuentran en el ámbito informal.

IV. LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Para abordar este punto es importante hacer algunas referencias previas a los conceptos ligados con la inspección del trabajo, veamos:

La OIT indica que la inspección del trabajo es una función pública que vela por el cumplimiento de la legislación laboral en el centro de trabajo. Esta fundamentalmente delineada por el Convenio OIT N° 81, Así mismo su papel principal es lograr que se cumpla con la ley en los centros de trabajo, desarrollando medidas preventivas, educativas y donde resulte necesario, coercitivas. Los servicios de

(2) Art. 7, Convenio OIT 150, Sobre la Administración del Trabajo. A fin de satisfacer las necesidades del mayor número posible de trabajadores, cuando lo exijan las condiciones nacionales, y en la medida en que la administración del trabajo no haya abarcado ya estas actividades, todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá promover, gradualmente si fuera necesario, la ampliación de las funciones del sistema de administración del trabajo, a fin de incluir actividades, que se llevarían a cabo en colaboración con otros organismos competentes, relativas a las condiciones de trabajo y de vida profesional de determinadas categorías de trabajadores que, a efectos jurídicos, no se pueden considerar personas en situación de empleo, tales como:(a) los pequeños agricultores que no contratan mano de obra exterior, los aparceros y categorías similares de trabajadores agrícolas;(b) las personas que, sin contratar mano de obra exterior, estén ocupadas por cuenta propia en el sector no estructurado, según lo entienda éste la práctica nacional;(c) los miembros de cooperativas y de empresas administradas por los trabajadores;(d) las personas que trabajan según pautas establecidas por la costumbre o las tradiciones comunitarias.

interiores imprenta.indb 268 06/06/2017 06:37:50 a.m.

inspección se organizan de forma diferente en cada país y la asignación de recursos también varía en función a los diferentes grados de desarrollo económico, de apoyo político y profesional, y a las diferentes prioridades nacionales. No obstante, las funciones de los servicios de inspección del trabajo son muy similares en todo el mundo dado que deben estar en concordancia con aquellos establecidos por los Convenios de la OIT.

En el mundo laboral, la inspección del trabajo es el instrumento más importante de la presencia e intervención del Estado para diseñar, estimular y contribuir al desarrollo de una cultura de prevención que abarque todos los aspectos que potencialmente están bajo su competencia: relaciones laborales, salarios, condiciones generales de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, y cuestiones relacionadas con el empleo y la seguridad social. Actualmente, las inspecciones del trabajo realizan sus funciones en un ambiente desafiante, con importantes cambios en el contexto económico y social; industrial; en la organización del trabajo y relación laboral; en las expectativas sociales y políticas; en la tecnología y la naturaleza de los riesgos laborales.

Los países que han ratificado los convenios OIT sobre la inspección de trabajo (entre ellos el nuestro), deberán disponer de un adecuado marco jurídico sobre inspección del trabajo para hacer efectiva la función pública de vigilancia y control, que no solo ha de estar integrada por normas ordenadoras del sistema de inspección, sino también por el conjunto de normas que regulen su sistema sancionador.

Desde 2006, la OIT apoya una estrategia global para la "modernización y revigorización" de la inspección del trabajo. La OIT ha creado un programa para asistir a sus constituyentes en la promoción del Trabajo Decente mediante el refuerzo de la maquinaria de la administración laboral, incluyendo la inspección del trabajo y así hacerlos más efectivos. La estrategia incluye distintas actividades tanto a nivel global como nacional, tales como ayudar a los Estados miembros a preparar auditorías de las inspecciones del trabajo, desarrollar planes de acción nacionales para mejorar la efectividad de la inspección del trabajo y garantizar la formación para los inspectores del trabajo.

La OIT brinda una especial trascendencia a la inspección de trabajo, la cual resume muy bien el Comité de Expertos de la OIT, "una inspección de trabajo eficaz, constituye la garantía más segura de que se cumplen las normas internacionales y nacionales del trabajo no solo de *iure* sino también de *facto*", esta importancia de la inspección de trabajo cobró nuevo vigor y significado en los últimos años a raíz de la adopción por la OIT del concepto de Trabajo Decente como razón de ser de su accionar en el mundo actual.

En el caso del Perú el Sistema Nacional de Inspección del Trabajo, tal y como se encuentra regulado hoy en día, fue establecido mediante la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, publicada el 22 de julio de 2006. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo N° 019-2007-TR, ha sido reglamentada. En cuanto al número de inspectores

interiores imprenta.indb 269 06/06/2017 06:37:50 a.m.

actualmente la inspección de trabajo en el Perú cuenta con aproximadamente 400 inspectores laborales (cantidad que incluye a: inspectores supervisores, inspectores de trabajo e inspectores auxiliares) a nivel nacional, de los cuales se concentran la mayoría en la ciudad de Lima un total de 239 inspectores[3], y la diferencia en las diferentes regiones del Perú los cuales en su mayoría son inspectores auxiliares. Los mismos se agrupan en especialistas en Normas Sociolaborales, y Seguridad y Salud en el Trabajo.

Un hecho actual es la reciente creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, mediante Ley N° 29981, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y al cual fueron transferidos los inspectores del trabajo señalados en el párrafo anterior desde el 01.04.2014. Conforme a la Ley 29981, a la fecha se están creando Intendencias Regionales en las diferentes Regiones del Perú. Es una institución especializada cuyas tareas principales con la orientación y fiscalización de las normas laborales, y es la entidad rectora del sistema de inspección en concordancia con lo que señala el Convenio OIT 81.

En consecuencia la inspección de trabajo hoy en día está desarrollada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, los Gobiernos Regionales y por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral- SUNAFIL, la competencia está distribuida en función de la calidad de empresas que fiscalizarán así en el caso de la micro y pequeñas empresas son fiscalizadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en Lima y en Regiones está a cargo de los Gobiernos Regionales, y las pequeñas y grandes empresas son de competencia de SUNAFIL.

1. MATERIAS DE INSPECCIÓN EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

En cuanto a los ámbitos según las materias objeto de inspección tenemos que pueden desarrollarse inspecciones en el área de normas sociolaborales y en el área de Seguridad y Salud en el Trabajo.

La inspección de trabajo en el área de seguridad y salud trabajo, se orienta a la fiscalización de diversas materias entre ellas las que mencionamos a continuación:

- **Gestión Interna de la seguridad y salud en el trabajo**
  - Comité de seguridad y salud en el trabajo
  - Supervisor de Seguridad y Salud en el trabajo
  - Reglamento Interno de Seguridad y salud en el trabajo
  - Libro autorizado de equipos de presión

(3) Número que puede variar por los destaques de inspectores a provincias y regiones del Perú.

interiores imprenta.indb 270 06/06/2017 06:37:50 a.m.

- Notificación o aviso de accidente de trabajo mortal o incidente peligroso
- Notificación de enfermedades
- Registro de accidentes de trabajo e incidentes
- Registro de empresas de alto riesgo
- Libro de actas del comité de seguridad y salud en el trabajo
- Plan de seguridad y salud en el trabajo
- Registro de enfermedades ocupacionales
- Registro de exámenes médicos ocupacionales
- Registro de monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos, y factores de riesgo disergonómico
- Registro de inspecciones internas de seguridad y salud en el trabajo
- Registro de estadísticas
- Registro de equipos de seguridad y emergencia
- Registro de inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia.

- Estándares de higiene ocupacional:
  - Agentes físicos: iluminación, ventilación, temperatura, radiaciones
  - Agentes químicos
  - Agentes biológicos
  - Comedor, vestuario, servicios higiénicos
  - Botiquín
- Condiciones de seguridad en lugares de trabajo, instalaciones civiles y maquinaria
  - Condiciones de seguridad
  - Avisos y señales de seguridad
  - Mantenimiento de locales
  - Escaleras
  - Aberturas y huecos

interiores imprenta.indb 271 06/06/2017 06:37:50 a.m.

- Ascensores
- Montacargas

- Instalaciones de trabajo
  - Plataformas de trabajo - andamios
  - Protección de zanjas y excavaciones, calzaduras, apuntamientos, muros pantalla y taludes
  - Protección contra derrumbes y excavaciones
  - Escaleras de mano y rampas
- Máquinas y equipos de trabajo
- Equipos de protección personal
- Prevención y protección contra incendios
  - Orden y limpieza
  - Equipos de extinción
  - Procedimientos contra incendios y explosiones
  - Almacenaje de explosivos y sustancias inflamables
- Sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo en las empresas
- Planes y programas de seguridad y salud en el trabajo
- Formación e información sobre seguridad y salud en el trabajo
- Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo
  - Cobertura en salud
  - Cobertura en Invalidez y Sepelio
- Relaciones Industriales
- Asistenta Social
- Identificación de peligros y evaluación de riesgos - IPER
- Normas de ergonomía
- Estándares de seguridad
  - Manipulación y transporte de materiales
  - Protecciones colectivas
  - Equipos e Instalaciones eléctricas

interiores imprenta.indb 272 06/06/2017 06:37:50 a.m.

- Protección contra caídas y objetos

- Riesgos Psicosociales
- Aviso o comunicación del accidente al centro médico asistencial
- Mapa de riesgo
- Coordinación sobre seguridad y salud entre empresas que desarrollan actividades en un mismo centro de trabajo
- Auditorías externas del sistema de gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo
- Protección de seguridad y salud en trabajadores vulnerables, mujeres en periodo de embarazo, lactancia, trabajadores con discapacidad,
- Accidente de trabajo que cause muerte o invalidez permanente total

Las materias señaladas son solo algunas de las que podrían ser fiscalizadas referidas a la seguridad y salud en el trabajo.

Por otro lado, en cuanto a la parte operativa, la inspección de trabajo en materia de seguridad y salud está a cargo de la SUNAFIL, la cual dentro de su organización interna en el caso de Lima, cuenta con cuatro grupos especializados para atender específicamente los casos de seguridad y salud en el trabajo; en las regiones donde existe intendencias los inspectores de trabajo se encargan de ver tanto los temas laborales como los temas de seguridad y salud en el trabajo. Evidentemente el número de inspectores aún está por debajo de los que un país como el Perú debiera tener, este número debería incrementarse en tres o cuatro veces para atender a la población económicamente activa con la que cuenta el Perú.

Las actuaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo tienen un plazo de investigación de 30 días hábiles y son desarrolladas por un inspector del trabajo o por un equipo de inspectores del trabajo según sea la magnitud del caso a revisar, esto de conformidad a lo establecido en la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, siendo su competencia, empresas que tengan a su personal bajo el régimen laboral de la actividad privada, Decreto Legislativo 728 (D.S. 003-97-TR).

Las infracciones en materia de seguridad y salud el trabajo están tipificadas en el D.S. 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y modificatorias y están clasificadas en leves graves y muy graves, veamos a continuación:

Son infracciones leves, los siguientes incumplimientos:

26.1 La falta de orden y limpieza del centro de trabajo que no implique riesgo para la integridad física y salud de los trabajadores.

26.2 (*) Numeral derogado por el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 004-2011-TR (07/04/2011)

interiores imprenta.indb 273 06/06/2017 06:37:50 a.m.

26.3 No comunicar a la autoridad competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o complementar, siempre que no se trate de una industria calificada de alto riesgo por ser insalubre o nociva, y por los elementos, procesos o materiales peligrosos que manipula.

26.4 Los incumplimientos de las disposiciones relacionadas con la prevención de riesgos, siempre que carezcan de trascendencia grave para la integridad física o salud de los trabajadores.

26.5 Cualquier otro incumplimiento que afecte a obligaciones de carácter formal o documental, exigidas en la normativa de prevención de riesgos y no estén tipificados como graves.

Son infracciones graves, los siguientes incumplimientos:

27.1 La falta de orden y limpieza del centro de trabajo que implique riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores.

27.2 No dar cuenta a la autoridad competente, conforme a lo establecido en las normas de seguridad y salud en el trabajo, de los accidentes de trabajo mortales o de los incidentes peligrosos ocurridos, no comunicar los demás accidentes de trabajo al Centro Médico Asistencial donde el trabajador accidentado es atendido, o no llegar a cabo la investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tenerse indicios que las medidas preventivas son insuficientes.(*)

(*) Numeral modificado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2011-TR (07/04/2011).

27.3 No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de las actividades de los trabajadores o no realizar aquellas actividades de prevención que sean necesarias según los resultados de las evaluaciones.

27.4 No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores o no comunicar a los trabajadores afectados el resultado de las mismas.

27.5 No comunicar a la autoridad competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o complementar, siempre que se trate de industria calificada de alto riesgo, por ser insalubre o nociva, y por los elementos, procesos o sustancias que manipulan.

interiores imprenta.indb 274 06/06/2017 06:37:50 a.m.

27.6 El incumplimiento de las obligaciones de implementar y mantener actualizados los registros o disponer de la documentación que exigen las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo.

27.7 El incumplimiento de la obligación de planificar la acción preventiva de riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, así como el incumplimiento de la obligación de elaborar un plan o programa de seguridad y salud en el trabajo.

27.8 No cumplir con las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores y las trabajadoras acerca de los riesgos del puesto de trabajo y sobre las medidas preventivas aplicables.

27.9 Los incumplimientos de las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en particular en materia de lugares de trabajo, herramientas, máquinas y equipos, agentes físicos, químicos y biológicos, riesgos ergonómicos y psicosociales, medidas de protección colectiva, equipos de protección personal, señalización de seguridad, etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, almacenamiento, servicios medidas de higiene personal, de los que se derive un riesgo grave para la seguridad o salud de los trabajadores.

27.10 No adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores.

27.11 El incumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en materia de coordinación entre empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo.

27.12 No constituir o no designar a uno o varios trabajadores para participar como supervisor o miembro del Comité de Seguridad y Salud, así como no proporcionarles formación y capacitación adecuada.

27.13 La vulneración de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

27.14 El incumplimiento de las obligaciones relativas a la realización de auditorías del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.

27.15 No cumplir las obligaciones relativas al seguro complementario de trabajo de riesgo a favor de sus trabajadores, incurriéndose en una infracción por cada trabajador afectado.

Son infracciones muy graves, los siguientes incumplimientos:

28.1 No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia y de los trabajadores con discapacidad.

interiores imprenta.indb 275 06/06/2017 06:37:50 a.m.

28.2 No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores trabajadores.

28.3 Designar a trabajadores en puestos cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales conocidas o sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ellas se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

28.4 Incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores.

28.5 Superar los límites de exposición a los agentes contaminantes que originen riesgos graves e inminentes para la seguridad y salud de los trabajadores.

28.6 Las acciones y omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores para paralizar sus actividades en los casos de riesgo grave e inminente.

28.7 No adoptar las medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo de los que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad de los trabajadores.

28.8 El incumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en materia de coordinación entre empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, cuando se trate de actividades calificadas de alto riesgo.

28.9 No implementar un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo o no tener un reglamento de seguridad y salud en el trabajo.

28.10 El incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo que ocasione un accidente de trabajo que produce la muerte del trabajador o cause daño en el cuerpo o en la salud del trabajador que requiera asistencia o descanso médico, conforme al certificado o informe médico legal.(*)

(*) Numeral incorporado por el Artículo 3 del Decreto Supremo N° 004-2011-TR

(07/04/2011).

Las multas propuestas varían en función del tamaño si son Microempresas, Pequeñas empresas o no Mype tienen una tabla diferenciada, y se establecen en función de la gravedad y el número de trabajadores afectados. En las empresas de régimen general, no Mypes, la cuantía de las multas pueden variar teniendo como topes máximos: en las infracciones leves hasta 50 UIT; en las infracciones

interiores imprenta.indb 276 06/06/2017 06:37:50 a.m.

graves 100 UIT y en las muy graves hasta 200 UIT[4]. No pudiendo superar en conjunto las 300 UIT.

La paralización de actividades es también una facultad de la inspección del trabajo, cuando existe un riesgo grave e inminente, veamos lo que indica el artículo 102° de la Ley 29783:

Artículo 102. Paralización o prohibición de trabajos por riesgo grave e inminente

En las actuaciones de inspección, cuando los inspectores comprueben que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica, a su juicio, un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores pueden ordenar la inmediata paralización o la prohibición de los trabajos o tareas, conforme a los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

Las órdenes de paralización o prohibición de trabajos por riesgo grave e inminente son inmediatamente ejecutadas. La paralización o prohibición de trabajos por riesgo grave e inminente se entienden en cualquier caso sin perjuicio del pago de las remuneraciones o de las indemnizaciones que procedan a los trabajadores afectados, así como de las medidas que puedan garantizarlo.

Es importante mencionar que en materia de seguridad y salud en el trabajo también existen sanciones penales las cuales fueron introducidas por la Ley 29783 y posteriormente modificadas por la Ley 30222, estando a la fecha como sigue:

Artículo 168-A. Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo

El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en éstas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave. Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador."

(4) UIT: Unidad Impositiva Tributaria S/.3,950.00 año 2016.

interiores imprenta.indb 277 06/06/2017 06:37:50 a.m.

Evidentemente es necesario considerar todo lo señalado líneas antes y sobre todo desarrollar la cultura de prevención a efectos de evitar las contingencias derivadas de los incumplimientos a las normas establecidas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

5. PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Los principios son directrices fundamentales que se debe tener en consideración para la implementación de los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo:

1. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

2. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes.

3. PRINCIPIO DE COOPERACIÓN

El Estado, los empleadores y los trabajadores, y sus organizaciones sindicales establecen mecanismos que garanticen una permanente colaboración y coordinación en materia de seguridad y salud en el trabajo.

4. PRINCIPIO DE INFORMACIÓN Y CAPACITACIÓN

Las organizaciones sindicales y los trabajadores reciben del empleador una oportuna y adecuada información y capacitación preventiva en la tarea a desarrollar, con énfasis en lo potencialmente riesgoso para la vida y salud de los trabajadores y su familia.

5. PRINCIPIO DE GESTIÓN INTEGRAL

Todo empleador promueve e integra la gestión de la seguridad y salud en el trabajo a la gestión general de la empresa.

interiores imprenta.indb 278 06/06/2017 06:37:50 a.m.

6. PRINCIPIO DE ATENCIÓN INTEGRAL DE LA SALUD

Los trabajadores que sufran algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional

tienen derecho a las prestaciones de salud necesarias y suficientes hasta su recuperación y rehabilitación, procurando su reinserción laboral.

7. PRINCIPIO DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN

El Estado promueve mecanismos de consulta y participación de las organizaciones de empleadores y trabajadores más representativos y de los actores sociales para la adopción de mejoras en materia de seguridad y salud en el trabajo.

8. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Los empleadores, los trabajadores y los representantes de ambos, y demás entidades públicas y privadas responsables del cumplimiento de la legislación en seguridad y salud en el trabajo brindan información completa y veraz sobre la materia. De existir discrepancia entre el soporte documental y la realidad, las autoridades optan por lo constatado en la realidad.

9. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a:

a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable.

b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores.

VI. EL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Según la OIT el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo-SGSST: tiene por objeto proporcionar un método para evaluar y mejorar los resultados en la prevención de los incidentes y accidentes en el lugar de trabajo por medio de la gestión eficaz de los peligros y riesgos en el lugar de trabajo. Es un método lógico y por pasos para decidir aquello que debe hacerse, y el mejor modo de hacerlo, supervisar los progresos realizados con respecto al logro de las metas establecidas, evaluar la eficacia de las medidas adoptadas e identificar ámbitos que deben mejorarse. Puede y debe ser capaz de adaptarse a los cambios operados en la actividad de la organización y a los requisitos legislativos.

Al respecto debo señalar que es un tema muy amplio por lo que en este punto nos referiremos a las aspectos más importantes, en ese sentido todas las

interiores imprenta.indb 279 06/06/2017 06:37:50 a.m.

empresas deberían de tener un sistema de gestión en función a su giro, dimensión o tamaño, con el objetivo de lograr una adecuada administración de la seguridad y salud en el trabajo y lograr la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, todo sistema de gestión debe planificar , hacer, verificar y actuar, y está sujeto a mejorar de forma continua. Para que el sistema de gestión funcione requiere de instrumentos, registros, etc. los mismos que desarrollamos brevemente a continuación:

1. DOCUMENTOS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

De conformidad con el Artículo 32° del reglamento de la ley de seguridad y salud en el trabajo la documentación del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo que debe exhibir el empleador es la siguiente:

a) La política y objetivos en materia de seguridad y salud en el trabajo.

b) El reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo.

c) La identificación de peligros, evaluación de riesgos y sus medidas de control.

d) El mapa de riesgo.

e) La planificación de la actividad preventiva.

f) El programa anual de seguridad y salud en el trabajo.

La documentación referida en los incisos a) y c) debe ser exhibida en un lugar visible dentro del centro de trabajo, sin perjuicio de aquella exigida en las normas sectoriales respectivas.

Estos documentos son esenciales para lograr que el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo funcione adecuadamente y logre sus objetivos.

2. REGISTROS DEL SISTEMA DE GESTION DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

El empleador implementa los registros y documentación del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, pudiendo estos ser llevados a través de medios físicos o electrónicos. Estos registros y documentos deben estar actualizados y a disposición de los trabajadores y de la autoridad competente, respetando el derecho a la confidencialidad.

En el Reglamento de SST en su artículo 33° establece los registros obligatorios a cargo del empleador:

1. Registro de accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales, incidentes peligrosos y otros incidentes, en el que deben constar la investigación y las medidas correctivas.

interiores imprenta.indb 280 06/06/2017 06:37:50 a.m.

2. Registro de exámenes médicos ocupacionales.
3. Registro de monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos, psicosociales y factores de riesgo disergonómicos.
4. Registro de inspecciones internas de SST.
5. Registro de estadísticas de seguridad y salud.
6. Registro de equipos de seguridad o emergencia.
7. Registro de inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia
8. Registro de auditorías.

Si bien la ley de seguridad y salud es universal y se aplica a todos los tipos de empresas, establece algunas diferencias en la cantidad de registros que debe llevarse que pasamos a detallar.

En el caso de las micro empresas, de conformidad con la R.M. 085-2013-TR, están obligadas a llevar registros simplificados:

1. Registro de accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales, incidentes peligroso y otros incidentes, en el que deben constar la investigación y las medidas correctivas.
2. Registro de exámenes médicos ocupacionales.
3. Registro de inspecciones internas de SST.

En el caso de las pequeñas empresas están obligadas a llevar:

1. Registro de accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales, incidentes peligrosos y otros incidentes, en el que deben constar la investigación y las medidas correctivas.
2. Registro de exámenes médicos ocupacionales.
3. Registro de seguimiento.
4. Registro de evaluación del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo
5. Registro de estadísticas de seguridad y salud.

En cuanto a la conservación de los registros es de 20 años los registros de enfermedades ocupacionales; 10 años registros de accidentes de trabajo e incidentes peligros; 05 años los registros de exámenes médicos ocupacionales, auditorias, registro de inspecciones internas de SST; estadísticas, equipos de seguridad, capacitación, etc.

3. EL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Es un órgano bipartito y paritario constituido por representantes del empleador y de los trabajadores, con las facultades y obligaciones previstas por la legislación

interiores imprenta.indb 281 06/06/2017 06:37:50 a.m.

y la práctica nacional, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones del empleador en materia de prevención de riesgos.

Los empleadores con veinte o más trabajadores a su cargo constituyen un comité de SST, los sindicatos mayoritarios incorporan un miembro del respectivo sindicato en calidad de observador.

En los centros de trabajo con menos de veinte trabajadores son los mismos trabajadores quienes nombran al Supervisor de SST.

El número de personas que componen el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo es definido por acuerdo de partes no pudiendo ser menor de cuatro (4) ni mayor de doce (12) miembros. Entre otros criterios, se podrá considerar el nivel de riesgo y el número de trabajadores. A falta de acuerdo, el número de miembros del Comité no es menor de seis (6) en los empleadores con más de cien (100) trabajadores, agregándose al menos a dos (2) miembros por cada cien (100) trabajadores adicionales, hasta un máximo de doce (12) miembros (art. 43° del D.S. 005-2012-TR)

Entre los objetivos del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo de conformidad con el art. 40° del D.S. 005-2012-TR se tiene:

- Promover la salud y seguridad en el trabajo
- Asesorar y vigilar el cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento Interno de SST y la normativa nacional, favoreciendo el bienestar laboral y apoyando el desarrollo del empleador.

Son funciones del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo:

a) Conocer los documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como los procedentes de la actividad del servicio de seguridad y salud en el trabajo.
b) Aprobar el Reglamento Interno de Seguridad y Salud del empleador.
c) Aprobar el Programa Anual de Seguridad y Salud en el Trabajo.
d) Conocer y aprobar la Programación Anual del Servicio de Seguridad y Salud en el Trabajo.
e) Participar en la elaboración, aprobación, puesta en práctica y evaluación de las políticas, planes y programas de promoción de la seguridad y salud en el trabajo, de la prevención de accidentes y enfermedades ocupacionales.
f) Aprobar el plan anual de capacitación de los trabajadores sobre seguridad y salud en el trabajo.
g) Promover que todos los nuevos trabajadores reciban una adecuada formación, instrucción y orientación sobre prevención de riesgos.

interiores imprenta.indb 282 06/06/2017 06:37:50 a.m.

h) Vigilar el cumplimiento de la legislación, las normas internas y las especificaciones técnicas del trabajo relacionadas con la seguridad y salud en el lugar de trabajo; así como, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo.

i) Asegurar que los trabajadores conozcan los reglamentos, instrucciones, especificaciones técnicas de trabajo, avisos y demás materiales escritos o gráficos relativos a la prevención de los riesgos en el lugar de trabajo.

j) Promover el compromiso, la colaboración y la participación activa de todos los trabajadores en la prevención de los riesgos del trabajo, mediante la comunicación eficaz, la participación de los trabajadores en la solución de los problemas de seguridad, la inducción, la capacitación, el entrenamiento, concursos, simulacros, entre otros.

k) Realizar inspecciones periódicas en las áreas administrativas, áreas operativas, instalaciones, maquinaria y equipos, a fin de reforzar la gestión preventiva.

l) Considerar las circunstancias e investigar las causas de todos los incidentes, accidentes y de las enfermedades ocupacionales que ocurran en el lugar de trabajo, emitiendo las recomendaciones respectivas para evitar la repetición de éstos.

m) Verificar el cumplimiento y eficacia de sus recomendaciones para evitar la repetición de los accidentes y la ocurrencia de enfermedades profesionales.

n) Hacer recomendaciones apropiadas para el mejoramiento de las condiciones y el medio ambiente de trabajo, velar porque se lleven a cabo las medidas adoptadas y examinar su eficiencia.

o) Analizar y emitir informes de las estadísticas de los incidentes, accidentes y enfermedades ocupacionales ocurridas en el lugar de trabajo, cuyo registro y evaluación deben ser constantemente actualizados por la unidad orgánica de seguridad y salud en el trabajo del empleador.

p) Colaborar con los servicios médicos y de primeros auxilios.

q) Supervisar los servicios de seguridad y salud en el trabajo y la asistencia y asesoramiento al empleador y al trabajador.

r) Reportar a la máxima autoridad del empleador la siguiente información:

r.1) El accidente mortal o el incidente peligroso, de manera inmediata.

r.2) La investigación de cada accidente mortal y medidas correctivas adoptadas dentro de los diez (10) días de ocurrido.

r.3) Las estadísticas trimestrales de accidentes, incidentes y enfermedades ocupacionales.

r.4) Las actividades trimestrales del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.

s) Llevar en el Libro de Actas el control del cumplimiento de los acuerdos.

interiores imprenta.indb 283 06/06/2017 06:37:50 a.m.

t) Reunirse mensualmente en forma ordinaria para analizar y evaluar el avance de los objetivos establecidos en el programa anual, y en forma extraordinaria para analizar accidentes que revistan gravedad o cuando las circunstancias lo exijan.

4. LOS EXÁMENES MÉDICOS OCUPACIONALES

Los exámenes médicos ocupacionales son evaluaciones que se practican a los trabajadores para verificar su estado de salud. Contribuye al sistema de gestión de la seguridad y salud en tanto que permite detectar tempranamente enfermedades ocupacionales y también establecer una línea de base de la salud de los trabajadores que servirá para su seguimiento y las actividades de prevención de riesgos laborales. Este proceso está a cargo de los médicos ocupacionales y el detalle del resultado de las evaluaciones es de carácter confidencial, salvo la valoración de aptitud. Las evaluaciones médicas ocupacionales en nuestro país, de acuerdo a las normas vigentes señaladas en el primer punto del presente estudio, deben practicarse cada dos años y en caso de empresas de alto riesgo se debe hacer con periodicidad anual.

VII. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA PREVENCIÓN DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

1. DIFUSIÓN DE NORMAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO Y DEL NUEVO CONCEPTO DE TRABAJO DECENTE

Una encuesta aplicada a empresarios de las Micro y Pequeñas empresas-Mypes e Inspectores de trabajo en Perú, demostró que uno de los principales factores por el que las Mypes no cumplen con las normas laborales, es la falta de conocimiento del marco normativo vigente y de las ventajas que implica estar formalizado (como gozar de la protección del Estado y de los servicios que está obligado a brindar), debido a una escasa capacitación y asistencia técnica por parte del Estado y de la inspección de trabajo, que durante años se mantuvo, aun cuando tiene como uno de sus objetivos la asistencia y asesoría de las Mypes, a efectos de prevenir vulneraciones a los derechos de los trabajadores, aspecto que está cambiando con las nuevas estrategias como el plan cuadrante inspectivo, que se orienta netamente a la formalización, mediante la transición producto de la orientación laboral.

En consecuencia se debe extender la capacitación y asistencia técnica por parte del Estado, a la economía informal, generando la cultura de formalidad y la valoración de la dignidad del trabajador y de la persona humana, capacitándolas para que se produzca la transición a la formalidad y por ende genere puestos de trabajo formales.

interiores imprenta.indb 284 06/06/2017 06:37:51 a.m.

2. NUEVO CONCEPTO DEL TRABAJO DECENTE- PERÚ

Es importante recordar que la OIT señala que el concepto de Trabajo Decente es un concepto en construcción(5) y se ajusta a la naturaleza de cada país en ese sentido habiendo revisado la doctrina e investigado la realidad nacional es que postuló una definición sobre el Trabajo Decente, en los siguientes términos: "Trabajo Decente es aquel en el que la dignidad de la persona es respetada a plenitud, por consiguiente se respeta sus derechos fundamentales, se otorga a cambio un salario justo, se promueve la negociación colectiva y el diálogo social, se respeta la integridad y salud del trabajador, en los diferentes tipos de empresas, sean micro, pequeñas, medianas y grandes empresas o con independencia de la dimensión e ingresos económicos de las mismas".

Es decir el Trabajo Decente en los términos planteados debe ser respetado a todo nivel, en todo tipo de empresas, en todos los regímenes laborales establecidos en un país, y debe ser además entendido por todos los ciudadanos, sobre la base esencial del respeto a la dignidad del ser humano(6), condición inmanente a su naturaleza, y que trasunta al trabajador, para ello es sumamente importante el rol del Estado dentro del carácter tripartito que tiene el diálogo social, uno de los pilares del Trabajo Decente. La legitimación y entendimiento de esta nueva definición por el Estado, empleadores y trabajadores es un punto clave para lograr el cambio y la disminución del trabajo informal. Lo cual contribuirá a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, entendiéndose que si existe trabajo decente implica también la existencia de un ambiente de trabajo adecuado y seguro.

3. VOLUNTAD POLÍTICA

Un elemento esencial en el desarrollo de las políticas públicas relacionadas a la seguridad y salud en el trabajo es sin duda la voluntad política, la cual implica liderar los procesos de cambio y mejora en la implementación de los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el ámbito nacional y de igual forma motivar a que las empresas tengan un compromiso con el desarrollo del sistema de gestión en su ámbito interno, de un tiempo a esta parte se está desarrollando muchas normas y hay un creciente impulso por la SST, no obstante debe seguir fortaleciéndose este aspecto. Por lo que recomiendo desarrollar la voluntad y compromiso en cada una

(5) Se plantea al Trabajo Decente como un concepto dinámico cuyo contenido evoluciona en el progreso social y económico de un país dado y del mundo en general. Formación General para el trabajo Decente. Montevideo OIT /Interfor 9/2001.

(6) La Dignidad Humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana (Res N° 02273-2005-PHC/TC). CHANAME ORBE, Raúl. Diccionario de Derecho Constitucional, Novena Edición. Lima Perú 2012.pag. 282.

interiores imprenta.indb 285 06/06/2017 06:37:51 a.m.

de las empresas por los más altos directivos y de igual forma a nivel del Estado por sus más altas autoridades.

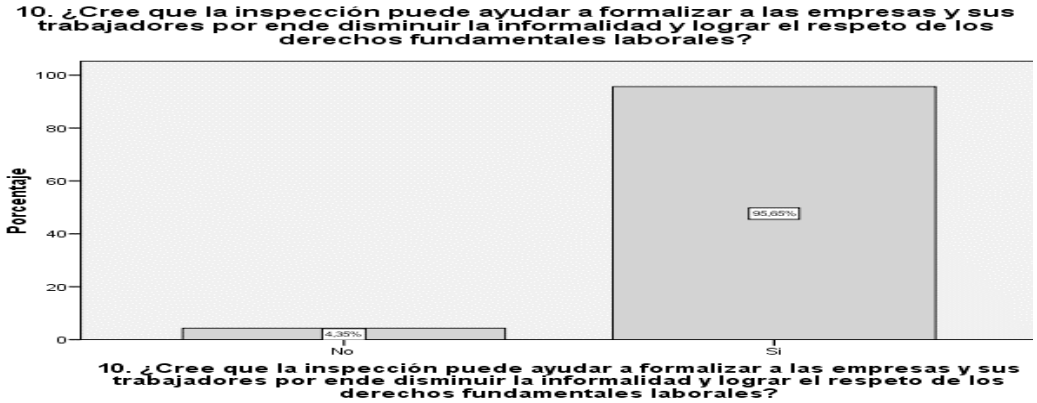
4. FORTALECIMIENTO DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Las normas legales que no se cumplen es como si no existieran, es por ello fundamental que exista un control que está a cargo de la inspección del trabajo, que es un instrumento de control del cumplimiento de la normatividad y que además puede ayudar a la formalización mediante su labor orientadora como también de vigilancia.

En este punto presentamos el gráfico que nos ilustra lo siguiente:

GRÁFICO:

¿Cree que la inspección puede ayudar a formalizar a las empresas y sus trabajadores, por ende disminuir la informalidad y lograr el respeto de los derechos fundamentales laborales?



Fuente: Encuesta aplicada para el presente artículo

Elaboración propia.

Se puede apreciar en el gráfico 2 que un gran porcentaje de los encuestados esta convencido que la inspección del trabajo puede ayudar a formalizar a las empresas, consecuentemente a generar mayor Trabajo Decente y con esto mayor seguridad y salud en el trabajo.

VIII. CONCLUSIONES

Los accidentes de trabajo son muy frecuentes en nuestro país y en varios países de Latinoamérica; tornándose en un problema que entristece a muchas familias y trabajadores; frente a esta problemática, debemos trabajar para mejorar la cultura de prevención de la seguridad y salud en el trabajo, la cual es aún muy baja, al igual que la conciencia respecto de lo que vale la vida y la dignidad de la

interiores imprenta.indb 286 06/06/2017 06:37:51 a.m.

persona, el desconocimiento provoca que la exposición a los peligros y riesgos sea muy elevada. Se requiere de la difusión y el entendimiento de un nuevo concepto de trabajo decente, trabajo digno, para valorar la vida de los demás y la propia vida; otro elemento importante es la voluntad política de los órganos de gestión de las empresas y del Estado, que deben ser quienes asuman el liderazgo de estos cambios, y por supuesto el fortalecimiento de la inspección de trabajo de SUNAFIL es de vital importancia.

La informalidad laboral que se expresa en la no inscripción de los trabajadores en las planillas afecta al trabajador al dejarlo fuera de la protección que le brinda la seguridad social y por tanto no podrá gozar de las prestaciones de prevención ni atenciones frente a la ocurrencia de un accidente de trabajo, y tiene mayor incidencia en las micro y pequeñas empresas, debido a que el trabajador está mucho más expuesto a los peligros y el riesgo de que se accidente es muy alto, debido a que las condiciones de seguridad no son las adecuadas para que el trabajador pueda desarrollar su trabajo de forma segura.

A la fecha se emitieron un gran número de normas que están fortaleciendo y dando una sólida base jurídica y normativa a la seguridad y salud en el trabajo, de tal forma que se promueva la implementación de los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo en las empresas, sugerimos hacer que se conozcan, se entiendan y sobre todo se practiquen, para ello es importante el rol de la SUNAFIL en su labor orientadora, así como de las diferentes instituciones vinculadas a la seguridad y salud en el trabajo.

Todas las empresas deberían implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, en función a su giro, dimensión y tamaño, con el objetivo de lograr una adecuada administración de la seguridad y salud en el trabajo y lograr la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, todo sistema de gestión debe planificar, hacer, verificar y actuar y está sujeto a mejorar de forma continua.

La inspección en el área de Seguridad y Salud en el Trabajo, es muy amplia y técnica, las materias que pueden ser revisadas son amplias y diversas, para ello existe un equipo de especialistas en la materia que en un plazo de treinta días hábiles deben resolver los casos desde los accidentes de trabajo que son los de mayor complejidad, hasta la verificación del uso de los implementos de protección personal. No obstante la inspección de trabajo tiene muchas dificultades que deberían ir superándose, como el número reducido de inspectores para todo el Perú, la falta de equipos e instrumentos para realizar las mediciones y monitoreo de los diferentes factores de riesgo, en cuanto a la parte organizativa se requiere el fortalecimiento de las intendencias regionales, revisar la línea de carrera inspectiva, niveles de coordinación interinstitucional, redireccionar el enfoque de la inspección sobre la base del trabajo digno, etc.

Las estadísticas presentadas en la presente investigación nos muestran que la informalidad en el Perú tiene porcentajes muy elevados, más aun en el caso

interiores imprenta.indb 287 06/06/2017 06:37:51 a.m.

de las micro y pequeñas empresas, que son las que ocupan a la mayor población económicamente activa (PEA), por lo que es un sector al que se debe incluir con especial énfasis en las diferentes políticas y estrategias de formalización de mediano y largo plazo así como en el acompañamiento en la implementación de los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para ayudar a prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales.

Otro tema esencial es tener en cuenta la nueva definición del Trabajo Decente que postulamos que debe ser respetado a todo nivel, en todo tipo de empresas, en todos los regímenes laborales establecidos en un país, ser entendido, sobre la base esencial del respeto a la dignidad del ser humano, condición inmanente a todo ciudadano y por ende al trabajador, para ello es sumamente importante el rol del Estado. Difundiendo desde la etapa escolar, entendiendo y practicando este concepto tendremos como consecuencia natural la disminución del trabajo informal y de los accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales.

Otro aspecto esencial en el desarrollo de las políticas públicas en relación a la seguridad y salud en el trabajo es sin duda la voluntad política, la cual implica liderar los procesos de cambio y mejora en la implementación de los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el ámbito nacional y de igual forma motivar a que las empresas tengan un compromiso con el desarrollo del sistema de gestión en su ámbito interno. Así como hacer que cada trabajador y ciudadano tenga conocimiento y conciencia de la seguridad y salud en el trabajo.

9. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BOZA PRO, Guillermo. La Inspección Laboral como mecanismo de protección de la libertad sindical en el Perú. Lima - Perú

CAMPERO VILLALBA, Iván. Políticas Institucionales hacia una justicia inclusiva plena. Órgano Judicial de Bolivia Tribunal Departamental de Justicia de la Paz. Bolivia 2014.

CANESSA MONTEJO, Miguel. Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid 2006.

Los Derechos Humanos Laborales en el Derecho Internacional. En revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú N°63. Año 2009.

CIUDAD REYNAUD, Adolfo, un nuevo modelo de la inspección del trabajo en el Perú. En: 3er. Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo 2008.

DIAZ MAX, Louis. Organización y funcionamiento de los servicios de inspección de trabajo en América Latina.

ESPINOZA, Malva, Trabajo Decente y protección social. Eje para la acción sindical. Oficina Internacional de Santiago, 2003.

interiores imprenta.indb 288 06/06/2017 06:37:51 a.m.

GAMERO REQUENA, Julio Hernan. El Trabajo Decente en el Perú, una mirada al 2011, en Soluciones laborales N° 58, octubre 2012.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos; El nuevo espacio funcional de la Inspección del Trabajo: Reflexiones Críticas, en Libro Derecho del Trabajo y Razón Critica, Págs. núm. 373 – 385, Salamanca 2004.

PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO NETO, O Trabalho Decente como um Direito Humano, Editora LTr, Sao Paulo Brasil 2015.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo,

Exclusión, Desprotección Social e injusticia laboral en Iberoamérica, Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social " Dr. Guillermo Cabanellas", Instituto Jaliciense de Investigaciones Jurídicas, Primera Edición México 2011.

SERRANO DIAZ, Luis Alberto. La Nueva Inspección de Trabajo en el Perú. En libro de ponencias del VI Congreso Nacional de La Sociedad Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa- Perú 2014.

SOMAVIA, Juan. Trabajo Decente, Memoria del Director General, OIT; 1999.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis. (1997). El procedimiento de Inspección Laboral. Revista Perú Laboral, Lima, Abril. PP. 38-39.

VALENZUELA HERRERA, Augusto. La Economía Informal en Guatemala en Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, UNMSM, Número 1, pág. 31. Lima- Perú 2014.

VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo y otros. Trabajo Decente: Diagnostico Subregional Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú. Red Laboral Andina- RELA. Programa Laboral de Desarrollo- PLADES. Lima 2010.

WEIL, David. Un Planteamiento Estratégico de la Inspección del Trabajo. Organización Internacional de Trabajo 2008.

Plan de Acción Sectorial para la Formalización Laboral para el año 2015. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Perú

Estrategia Sectorial para la Formalización Laboral 2014-2016. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Perú.

Diario El Comercio. Publicación de fecha 12.05.2016. Lima- Perú.

interiores imprenta.indb 289 06/06/2017 06:37:51 a.m.

LA LEY DEL DESCANSO: LA INSEGURIDAD EN LA APLICABILIDAD

Carla Rita Bracchi Silveira[1]
(Brasil)

Catia Santos Souza[2]
(Brasil)

RESUMEN: El texto muestra una breve discusión sobre la ley del descanso y las principales consecuencias de la jornada con exceso de trabajo. Donde este exceso favorece el aumento de accidentes y riesgos en las carreteras, tanto para trabajadores móviles, así como para los usuarios que viajan. El tema está intrínsecamente relacionado con la salud y la seguridad de los trabajadores, muestra la importancia del derecho de desconectarse del trabajo en el momento de descanso. La limitación de la jornada laboral de los trabajadores móviles tiene como objetivo reducir el número de accidentes en las carreteras, con el fin de garantizar la dignidad y la calidad de vida de estos profesionales, que se enfrentan a un viaje tan exhaustivo y excesivo. Destaca que los principios constitucionales de trabajo tienen como objetivo guiar a la autoridad legislativa en el ejercicio de sus funciones principales, y que por lo tanto se puede destacar el principio de la dignidad humana como un requisito esencial para la recuperación de esta categoría profesional. En este artículo laborioso se utilizó como metodología la revisión de la literatura a partir de la información extraída de diversas fuentes

(1) Master en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Especializada en Derecho Procesal y Materia del Trabajo, Derecho Ambiental y Salud de Laboral con Énfasis en Ambiente del Trabajo. Docente Universitaria Derecho Laboral. Consejero del Comité de Educación Legal de la OAB-BA. carlabracchi@uol.com.br

(2) Discente do Curso de Direito da Faculdade Madre Thaís-FMT - E-mail: catiasouza101@hotmail.com

interiores imprenta.indb 290 06/06/2017 06:37:51 a.m.

de investigación, tales como libros, documentos, páginas web, decretos, leyes, convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que se obtuvo mediante la comprensión educativa y exploratoria de una construcción consistente y precisa para la elaboración de este trabajo. La ley del descanso regula las horas de trabajo de los conductores de carga y de pasajeros. Mientras que esta ley trae una serie de beneficios, hay una discusión acerca de la falta de seguridad, la estructura en las carreteras, la vigilancia y la falta de puntos de parada.

Palabras clave: Descanso. Trabajadores móviles. Salud. Seguridad.

LAW OF REST: Insecurity in applicability.

ABSTRACT: The text demonstrates a brief discussion about the law of rest and the main consequences of overwork. Where this excess favors the increase of accidents and the risks in the highways for both the road users and the users who travel. The issue is intrinsically linked to the health and safety of the worker, shows the importance of the right to disconnect to work at the time of rest. The limitation of the working hours of the road has the objective of reducing the number of accidents on the highways, with the purpose of guaranteeing the dignity and quality of life of these professionals, who face such an exhaustive and excessive journey. It is worth emphasizing that the constitutional principles of the work that aims to guide the legislative power in the performance of its primary functions, we can thus highlight the principle of human dignity, as an essential requirement for valorization of this professional category. In this arduous article, the bibliographical revision was used as a methodology based on ideas extracted from several research sources such as books, scientific articles, websites, decrees, laws, conventions of the International Labor Organization, where means of didactic and exploratory understanding were obtained for A consistent and accurate construction for this work. The law of rest governs the working day of drivers of cargo and passengers. Although this law brings a series of benefits, there is a discussion about the lack of safety, structure in the highways, supervision and lack of stopping points.

Keywords: Rest. Road. Health. Security.

I. INTRODUCIÓN

> *[...] la dignidad de la persona, entendida como un sello de la explotación humana, en principio, prohíbe la completa y egoísta disponibilidad del otro, en el sentido de que si está utilizando otra persona como un medio para lograr un fin determinado, de tal manera que el criterio decisivo para la identificación de una violación de la dignidad se convierte en (al menos en muchas situaciones, se debe crecer) el objetivo del conductor, es decir, la intención del instrumento (cosificar) el otro.*
>
> *(SARLET, 2005 apud MIRAGLIA, 2015, p.66). (Nuestra traducción)*

Históricamente, los movimientos sindicales que representan a los trabajadores móviles siempre han buscado formas de control y regulación de las horas de trabajo de los conductores. En 2005, fueron obtenidas iniciativas legislativas para regular la actividad del conductor. Por lo que sólo se le concedió en 2012, con la Ley 12.619, modificada en 2015 por la Ley 13.103, incluyendo la regulación de las horas de trabajo.

La ley del descanso surgió de una necesidad de crear una regulación específica en la legislación sobre la profesión de conductor por carretera con los derechos y

interiores imprenta.indb 291 06/06/2017 06:37:51 a.m.

obligaciones esenciales a su actividad, regulando y disciplinando la duración de la jornada laboral de los trabajadores móviles. Según la ley, el conductor profesional es todo aquel que conduce los vehículos automotores, cuyo manejo requiere un entrenamiento profesional y el ejercicio de la profesión en las actividades económicas o categorías de transporte por carretera de pasajeros y de carga de transporte por carretera.

A pesar de ser una nueva ley, trajo grandes resultados en términos de reducción del número de accidentes en las carreteras, pero los requisitos necesarios y que están contenidos en la ley no se aplicaron de manera efectiva, ni son supervisados para que puedan traer mejores resultados. Esto sólo puede ocurrir si el Estado toma medidas para facilitar la creación de la infraestructura de carreteras para que la ley de descanso puede ser cumplida y sirva para apoyar a los trabajadores. La reducción del tiempo de trabajo, el derecho a la salud y seguridad de los trabajadores móviles es uno de los factores más importantes a tratar, sin embargo, la rutina agitada, la tensión diaria y el uso de drogas, son también algunos factores que causan un aumento de los accidentes de tráfico.

Los lugares de parada para el descanso más comunes de los conductores son las gasolineras, carreteras, y los puntos de inspección de carreteras, lugares en los que ejercen su derecho de desconexión del trabajo.

El derecho de desconectar se inserta en esta realidad como el reconocimiento de que, además de la remuneración del trabajo es necesaria proteger el descanso. La limitación de la jornada, se puede decir, es la condición del ejercicio real del derecho fundamental de desconectarse, en que ese tiempo es un elemento esencial de la vida. Por lo tanto, la cuestión del derecho fundamental para desconectar, también necesita ser examinada desde el punto de vista de las normas que limitan la duración de la obra.

La regulación del tiempo de trabajo significa no afectar sólo al trabajador, sino también a la empresa, la sociedad e incluso del propio sistema de producción capitalista. Fue en este sentido que las primeras normas laborales trataron de la jornada y del derecho al descanso.[3]

(3) ALMEIDA, Almiro Eduardo, SEVERO Valdete Souto. Algumas considerações sobre a limitação do tempo de trabalho e o direito a desconexão no Brasil. Direito a desconexão nas relações sociais de trabalho. São Paulo: LTr, 2014, p. 33.

interiores imprenta.indb 292 06/06/2017 06:37:51 a.m.

II. LA LEY DEL DESCANSO

La Ley N° 12.619 / 2012, que regula la profesión de conductor y las horas de trabajo ha sido modificada por la Ley N° 13.103 de 2015, como se ha dicho anteriormente, sin embargo, el principal objetivo de esta ley es de asegurar y garantizar la reducción de la jornada laboral, para evitar el exceso de trabajo, beneficiando la reducción del número de accidentes en las carreteras.

Podemos conceptualizar período de descanso como el periodo donde no se ejerce actividad laboral, es el momento para descansar, este período es esencial para mantener la salud mental y física de trabajadores y por lo tanto debe ser respetado por todos.

Según el Ministerio de Trabajo, el exceso en la jornada tiene consecuencias como la explotación del trabajo, así como la aparición de enfermedades y la inducción al uso de narcóticos.

> *"Evidentemente, tal entendimiento puede conducir a absurdos, y no son raras las situaciones en las que los conductores portadores de cargas se ausentan durante meses en la carretera. Por lo tanto, hay la necesidad de utilizar el criterio de razonabilidad para evitar que el instituto de descanso semanal sea completamente distorsionado". (PASSOS, PASSOS, LUNARD, 2013, p.95). (Nuestra traducción)*

Así que la Ley N° 12.619 / 2012 es al mismo tiempo final y comienzo. Es final porque significa la victoria para los trabajadores, especialmente de la carretera en los intentos de establecer normas de protección de largo alcance, incluso con la gran dificultad de su ejercicio. Es comienzo ya que indica la necesidad de persistir la lucha para interpretar y aplicar la regla y avanzar más y más.

1. LA IMPORTANCIA DEL DESCANSO

Los riesgos para la salud y las ocurrencias de accidentes llevaron el derecho de trabajo a regular las pausas de descanso, donde se aplica la naturaleza jurídica de 'no trabajar' en este periodo que está reservado para el descanso, la alimentación adecuada y la protección de la salud física y mental del trabajador.

El descanso es una necesidad de nuestro cuerpo, cuando nuestro cuerpo está cansado, no puede realizar bien su trabajo, por lo tanto, surge la ansiedad, el estrés, desmotivación, se pierde la atención sobre lo que se está haciendo. El cuerpo necesita un momento para relajarse con el fin de cumplir con sus funciones sin perjuicio de actuar en la actividad laboral.

Para evitar la fatiga, defenderse de los riesgos para la salud de los trabajadores y la ocurrencia de accidentes, y también permitir la convivencia social y familiar, el derecho laboral regula intervalos para descansar durante un día de trabajo o entre una jornada de trabajo y otra.

interiores imprenta.indb 293 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Se señala que *''el descanso no es sólo una cuestión de placer, sino una cuestión de salud. Los autores señalan que, sin tiempo necesario para sí mismo, se abre la puerta a la depresión y el suicidio''* (ALMEIDA, SEVERO, 2014, p.10).

III. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL

Cuando pensamos en el derecho al descanso, nos relacionamos con la reducción de las horas de trabajo a la luz de la disminución de la tensión, la fatiga y el estrés en el trabajo. Por lo tanto, los trabajadores móviles que ejercen la función de trabajo externo, no tenían una regla específica para limitar la jornada, obviamente, que esto parte de la supervisión del empleador a los empleados, y del estado delante de los empleadores. Pues la gran causa de la extrapolación del trabajo excesivo se debe a la exigencia del empleador para cumplir con las entregas a tiempo, donde el empleado se convierte en una herramienta de trabajo para satisfacer las necesidades de mano de obra.

Además de que las horas trabajadas en exceso, aumentan el número de accidentes en las carreteras, y dan lugar al consumo de drogas, que ayudan a prolongar el tiempo de conducción del vehículo. Destacando además que estos trabajadores están expuestos a ambientes carentes de las condiciones de higiene, salud, perjudiciales para la salud sin ningún tipo de protección social.

El Profesor Sergio Pinto Martins presenta los aspectos fundamentales que distinguen la limitación de las horas de trabajo que son biológica, que se refiere a los efectos psicofisiológicos al trabajador, como resultado de la fatiga; social, donde los trabajadores tienen que vivir y relacionarse con los demás, se dedican a la familia, para tener tiempo de ocio; económica, en el período en el cual el trabajador presta servicios o cansado cuando realiza las horas extraordinarias, y tiene la más alta tasa de accidentes. Los aspectos económicos también se relacionan con la producción de la empresa, donde el empresario aumenta la jornada laboral, haciendo el pago de horas extras, sólo para aumentar la producción, por eso hay la necesidad de la supervisión del Estado para limitar la jornada laboral y para que no haya excesos[4].

IV. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN

El derecho a la desconexión del trabajo se concretiza en el derecho del trabajo y también de desconectarse del trabajo al final de su jornada, disfrutando del tiempo libre. Abarcar el derecho a la limitación de la jornada y el goce efectivo de los períodos de descanso, que le permiten precisamente la vida fuera del entorno de trabajo.

(4) MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho.15ª ed. atual., São Paulo: Atlas, 2002, p. 454.

interiores imprenta.indb 294 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Se puede entender, con base en los autores ALMEIDA y SEVERO (2014) que el derecho de desconectarse se presenta, por lo tanto, como condición de la posibilidad de que el propio trabajo se manifieste socialmente también como un derecho fundamental, no sólo como un deber. En otras palabras, sólo con la limitación del tiempo de trabajo humano podemos ver este trabajo como un derecho social fundamental, y no sólo como un acto de explotación.

La Ley N° 12.619 / 2012 se representa como una ley capaz de moralizar la huelga de los trabajadores móviles, porque cada día están sujetos a largas horas, privados de su derecho a desconectarse. Muchos, incluso, hacen el uso de medicamentos para mantenerse despiertos al volante durante más tiempo.

La limitación de las horas de trabajo y el respeto por el derecho a desconectarse, son garantías tanto para los que trabajan, y para aquellos que emplean la fuerza de trabajo, o incluso para la propia sociedad. Una sociedad en la que las personas que trabajan a tiempo completo y no pueden tener el ocio, la salud, la seguridad, es una sociedad enferma y sin perspectivas de mejora real de las condiciones sociales.

V. LA SALUD Y LA SEGURIDAD DEL TRABAJADOR MÓVIL

> *"El deber del empleador para prevenir riesgos laborales se eleva incluso antes del comienzo de las actividades del año, ya que la legislación laboral –art.160 de CLT– requiere una inspección previa de las instalaciones por las autoridades competentes, destinado a verificar el cumplimiento de las normas de seguridad y medicina laboral". (CECILIA, 2008, p.36). (Nuestra traducción)*

Los trabajadores del transporte por carretera están sujetos a muchos factores, además de causar sufrimiento, ponen en peligro su salud y seguridad. El intenso ritmo de trabajo y la violencia se encuentran entre las principales quejas de los profesionales.

Estos son temas prioritarios de la salud y la seguridad en el sector del transporte por carretera, en la que no se debe poner en peligro la integridad física del trabajador. La propia Convención y el Decreto Nº 7.602 / 2011 establecen la responsabilidad del empleador y los trabajadores de la política de seguridad y de salud nacionales, ya que es un derecho fundamental a la vida.

> ***CONVENCIÓN N. 161.PARTE II FUNCIONES**.*
>
> *Art. 5.- Sin perjuicio de la responsabilidad de cada empleador en respecto a la salud y a la seguridad de sus empleados, y teniendo debidamente en cuenta la necesidad de participación de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, los servicios de salud en el trabajo deben realizar las tareas, incluyendo las siguientes, que*

interiores imprenta.indb 295 06/06/2017 06:37:51 a.m.

son apropiadas y adaptadas a los riesgos de la empresa en relación a la salud en el trabajo: (…)

f) para controlar la salud de los trabajadores en relación con el trabajo;

k) participar en el trabajo de análisis de accidentes y enfermedades profesionales.

DECRETO Nº 7.602, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2011. Sobre la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo-PNSST. OBJETIVO y PRINCIPIOS.

I - La Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo - PNSST tiene como objetivo promover la salud y mejorar la calidad de vida del trabajador y la prevención de accidentes y daños a la salud derivados de, o relacionados con, el trabajo que ocurren en el transcurso del mismo, a través de la eliminación o reducción de los riesgos en el sitio de trabajo; (Nuestra traducción)

Podemos analizar que la salud y la seguridad son garantías fundamentales y esenciales para la vida de estos profesionales. No se puede simplemente exigir la materialidad de la obra, hay que haber disponibilidad para hacer cumplir las normas que beneficien al trabajador. Y poner estas reglas en actividad, en la práctica laboral, introducirlas en lo cotidiano. Ya que sabemos que la salud, la seguridad y el descanso son la base para un buen resultado en el trabajo de muchas maneras.

VI. LA PARADA PARA EL DESCANSO

El local de trabajo debe cumplir con las condiciones mínimas de medio ambiente, con los derechos fundamentales de la preservación de la vida y la salud.

La determinación para la implementación de la parada y los puntos de descanso (PPD) se incluye en la Ley 13.103 / 2015.

Una de las principales razones por la cual la jornada de hoy se transgrede por el empleador es la falta de un lugar adecuado, con seguridad y comodidad, donde el trabajador puede hacer el descanso de suma importancia.

La definición y la adecuación de los puntos de parada y el servicio de esas necesidades son de vital importancia para garantizar que la legislación se cumpla y sirva para apoyar a los trabajadores móviles.

Mediante el establecimiento y la atención reiterada de la importancia del tiempo de descanso, la ley muestra que la cuestión excede los límites del contrato de trabajo, visando preservar las buenas condiciones del trabajo en la carretera, para trabajar con responsabilidad y seguridad para el beneficio de todos.

interiores imprenta.indb 296 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Ante la constatación de que la fijación de la jornada laboral supera los objetivos puramente contractuales de trabajo, la ampliación de la obligación de proteger la integridad física y la seguridad, no sólo del trabajador, sino también de todos en la carretera. Sin embargo, se considera que el requisito es esencial para garantizar la seguridad de todos los que viajan por los caminos, de este modo se contribuye a reducir el elevado número de accidentes, sobre eso Oliveira señala que:

> *"(...) la reducción de los riesgos de trabajo siempre ha sido el norte, la preocupación central, el punto de salida y llegada de cualquier programa serio sobre la prevención de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Debido a esta afirmación axiomática, la Constitución de 1988 establece expresamente como un derecho de los trabajadores "reducir los riesgos inherentes al trabajo a través de la salud, la higiene y la seguridad» (artículo 7, XXII). Por lo tanto, nos encontramos ante a un principio fundamental en la promoción de medidas preventivas en el lugar de trabajo." (OLIVEIRA, 2011 apud GEMIGNANI, 2012.) (Nuestra traducción).*

Resulta que, a pesar de todos los hechos, la doctrina no proporcionó el principio mencionado, el reconocimiento y ni el mismo marco de las necesidades fundamentales de los lugares de trabajo de los trabajadores móviles. Se ve que la preocupación por las consecuencias del elevado número de accidentes y enfermedades profesionales han distanciado el foco, dejando poca atención al entorno del trabajo y de las normas de prevención.

Sin embargo, para conservar el buen estado físico y mental del conductor para conducir el vehículo de manera responsable y segura, la ley establece que disfrute de un descanso diario, obligatoriamente con el vehículo estacionado, en un alojamiento del empleador, contratista de transporte, cargador o destinatario, o en el hotel, de conformidad con el inciso III del artículo 235 D.

Tal norma debe establecerse no sólo para el conductor empleado, sino para el beneficio de toda la carretera, de manera que la expectativa de disfrutar el descanso dentro de la cama de la cabina del vehículo debe ser analizado como la última opción, y sólo en los casos en que se comprueba la imposibilidad total de las condiciones mencionadas en la ley. Teniendo en cuenta el referido fin de garantizar las condiciones de seguridad y salud para todos los otros que viajan.

La existencia de pocas zonas de descanso en las carreteras del país, es lo que perjudica el cumplimento de la ley, y no puede permanecer en la banquina y la falta de seguridad para aparcar en cualquier lugar, dificulta las nuevas reglas.

VII. FISCALIZACIÓN

En una operación para supervisar la aplicación de la ley conductor, se acercó a 27 vehículos y SE emitió 18 notificaciones de violación.

interiores imprenta.indb 297 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Araraquara - Operación conjunta del Ministerio Laboral (MPT) con la Policía de Carreteras del Estado llamó a un conductor que condujo durante más de 24 horas. Había comenzado su camino en Tocantins, 23h el 23 de octubre, y fue abordado por la inspección el día 25, a las 1:40 am, en la autopista Washington Luiz, en Araraquara (SP). El trabajador, que es un conductor de la compañía, dijo que normalmente duerme 3 horas por noche durante el viaje. (Ministerio Público Laboral). (Nuestra Traducción)

La falta de supervisión en las carreteras es fácil de entender, necesita más puestos de control policial, más calificados. No podemos dejar de mencionar que hay una gran cantidad de trabajadores móviles que no obedecen la ley de descanso. Algunos lo hacen para cumplir el plazo de entrega, muchas veces presionados por el empleador o por el destinatario.

El problema es que muchas veces el empresario se preocupa más por el cliente que nuestro mayor bien, la vida. Los empleadores deben exigir que los conductores cumplan con su derecho al descanso, que de alguna manera depende de la forma en que el empleador proporciona la forma de trabajo, sea limitar a la velocidad, prohibir de viajar a la noche, imponer medidas preventivas, ofreciendo conferencias sobre la ley, porque muchos ignoran su propio derecho y el deber de cumplir la ley.

VIII. CONCLUSIÓN

Es de importancia esencial atraer la atención de la sociedad para el tema en cuestión. Con la aplicación efectiva de la ley de descanso, aumentará la calidad de vida de los trabajadores móviles, así como una mayor seguridad en las carreteras.

Como se informó inicialmente, con el objetivo de recoger la información científica para trazar los contornos exactos del problema que se enfrenta, las encuestas se llevaron a cabo en una revisión de la literatura sobre el tema. Los resultados muestran que los trabajadores móviles pasan por muchos problemas en las carreteras, donde se puede ver los conductores cansados, estresados y algunos están sujetos a la utilización de medicamentos para soportar horas de trabajo extremas impuestas.

Vale señalar que la situación constada pone en riesgo no sólo el trabajador móvil, pero también a todos los usuarios que viajan en la carretera, que cruzan con conductores profesionales, fatigados por el exceso inhumano de horas de trabajo, debido a la naturaleza de los servicios y las condiciones de trabajo de estos operadores, que no permiten que se cumpla normalmente la ley de descanso, incluso por la falta de lugares para descansar. Este hecho afecta la salud del trabajador, la seguridad, lo que se refleja también en la calidad del servicio prestado a los usuarios, aumentando el número de trabajadores retirados debido a las enfermedades profesionales y el número de accidentes en las carreteras.

En una breve crítica, se nota que se habla, planifica, e incluso se aplican proyectos de infraestructura, seguridad, ocio y otros medios de acción. Pero, por desgracia,

interiores imprenta.indb 298 06/06/2017 06:37:51 a.m.

delante de los hechos y situaciones que se viven cada día en las carreteras, todo esto es simplemente querer, el verbo 'hacer' se pierde en tantos proyectos. La ley 13.103 / 2015 fue preparada por la presión con huelgas, demandas y reuniones, podemos decir que se elaboró una ley inventada y vigorada, sólo para calmar al trabajador móvil en muchas pérdidas económicas que unos días la huelga llegó a causar. Al pasar el período de vigencia de la ley, nada ha cambiado, sigue siendo la misma falta de supervisión, seguridad, cuidado de la salud del conductor, la misma falta de actitud.

Sabemos que el oficio de maquinista, conductor de un vehículo comercial y de pasajeros no es fácil, así como muchas otras profesiones. Pero si es conductor profesional, el riesgo existe en todo momento, en las rutas de viaje, incluso en los momentos de descanso. Esto ocurre porque la falta de seguridad en las carreteras y los puntos de parada es totalmente precaria.

IX. REFERENCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. Direito a Desconexão nas Relações Sociais de Trabalho. São Paulo: LTr, 2014.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Normas Técnicas-ABNT. Artigo em publicação periódica científica impressa: NBR 6022. Rio de Janeiro: 2003.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Normas Técnicas-ABNT. Informação e Documentação Resumos: NBR 6028. Rio de Janeiro: 2003.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Normas Técnicas-ABNT. Referências em documentos: NBR 6023. Rio de Janeiro: 2002.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Normas Técnicas-ABNT. Trabalhos acadêmicos-apresentação: NBR 14724. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.

CATALDI, Maria José Giannella. Stress no Meio Ambiente do Trabalho. 2. Ed., São Paulo: LTr, 2014.

CECILIA, Silvana Louzada Lamattina. Responsabilidade do Empregador por Danos a Saúde do Trabalhador. São Paulo: LTr, 2008.

Centro de Políticas Sociais, Fundação Getúlio Vargas. Saúde ocupacional e segurança no transporte. Disponível em: <http://www.segurancaetrabalho.com.br/download/saudeocupacionaltransporte.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

DDSonline. A Importância do Descanso. Disponível em: < http://ddsonline.com.br/dds-temas/34-saude1/263-a-importancia-do-descanso.html>. Acesso em 17 de agosto de 2016.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Damiel. A NOVA LEI N. 12.619/2012 QUE DISCIPLINA A PROFISSÃO DO MOTORISTA: QUESTÕES CONTROVERSAS. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.55, n.85, p.47-58, jan./jun.2012.

interiores imprenta.indb 299 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Kun, Diana. Lei do descanso - Lei 12.619. Disponível em: <http://www.clubedosestudantes.com/t2400-lei-do-descanso-lei-12-619#5965>. Acesso em 17 de agosto de 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Manual de Direitos Humanos. 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2014.

MINISTERIO PUBLICO DO TRABALHO DE SÃO PAULO. PROCURADORIA-GERAL MPT. Flagra Motoristas de Carga em Jornadas de Mais de 24 horas. Disponível em <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/noticias-antigas/2013/outubro/mpt%20flagra%20motoristas%20de%20carga%20em%20jornadas%20de%20mais%20de%2024%20horas/>. Acesso em 02 de outubro de 2016.

Ministério Público do Trabalho no Mato Grosso do Sul. Nova lei dos motoristas é debatida em seminário na Câmara. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/noticiasantigas/2012/junho/nova%20lei%20dos%20motoristas%20e%20debatida%20em%20seminario%20na%20camara>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

PASSOS, André; PASSOS, Edésio; LUNARD, Sandro, (Org.). Fundamentos de Metodologia Científica. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

interiores imprenta.indb 300 06/06/2017 06:37:51 a.m.

EL CONCEPTO DE SOLIDARIDAD EN LOS TIEMPOS ACTUALES

Eduardo Marcos Rueda[1]
(Perú)

SUMARIO: I. Introducción II. Las situaciones de necesidad III. La solidaridad. Tipos de solidaridad 1. Solidaridad familiar 2. Solidaridad profesional o laboral 3. Solidaridad social IV. La solidaridad como principio de la seguridad social V. La solidaridad social como elemento inherente a la persona humana VI. Conclusiones VII. Bibliografía

RESUMEN

Los cambios producidos a partir de hechos como la caída del Muro de Berlín, la disolución de la Unión Soviética, los avances tecnológicos, han generado nuevas situaciones en todos los ámbitos, sobre todo, en el ámbito económico y, consecuentemente, en la protección social.

El presente trabajo se refiere a los cambios que se vienen produciendo en materia de protección social, en sus conceptos más importantes y en las formas de asumir esos nuevos conceptos.

(1) Abogado y Doctorando por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

interiores imprenta.indb 301 06/06/2017 06:37:51 a.m.

El concepto de solidaridad es uno de los más importantes en la Seguridad Social y está siendo observado con mayor amplitud en los últimos años. Ya no es sólo la solidaridad intergeneracional o la solidaridad entre grupos de trabajadores, ahora –además de ser el de mayor trascendencia, sobre todo, para los Estados Sociales– ha propiciado una nueva observación frente a contingencias, riesgos o necesidades sociales que requieren de una solución por parte de los gobiernos.

Se analiza las formas de solidaridad (familiar, profesional y social) y, a partir de ellas, la política de protección social que viene imperando, para darle mayor cobertura frente a las situaciones de pobreza y desigualdad, así como el rol del Estado en esta nueva situación. Si en nuestros tiempos, las situaciones que dan lugar a necesidades son sociales, las soluciones también deben ser colectivas, sociales.

I. INTRODUCCIÓN

En términos muy simples o genéricos, la solidaridad es unirse entre sí para afrontar algún problema o alguna situación. Y así, puede presentarse, por ejemplo, entre los vecinos de un barrio que dan una cuota para pintar el local comunal o para poder construir la Comisaría o que, obtenida la pintura, todos asumen la tarea del pintado. O, en el caso de nuestro país, organizar alguna actividad en la que participan determinadas personas para ayudar económicamente a alguien del grupo a afrontar los gastos de alguna enfermedad grave o los gastos de un fallecimiento.

Sin embargo, yendo más allá, esta acción mancomunada de afrontar una situación nos lleva a una organización en la cual, previamente, se juntan determinadas personas para cumplir con una cuota –generalmente, de dinero– igual y periódica, y entregarla a uno de los participantes para alguna situación específica.

Y se va configurando el sentido de la solidaridad con determinadas características: la presencia de la una situación o contingencia especial; la persona afectada o (no siempre algo negativo) centro de esa situación; el aporte material, generalmente (en dinero o en especie); la entrega del aporte necesario; y, la posible puerta de salida de la contingencia que se hubiere presentado.

Es decir, contingencia, afiliado, aporte, requisitos para la entrega. Sólo faltaría la entidad organizada que, podría ser una mutualidad o, en tiempos modernos, un Seguro Social.

Todo ello, nos lleva a señalar que la solidaridad se ha convertido, no sólo en principio, en tanto es el aspecto fundamental, sino que ha obtenido una categoría de valor social que se debe tener presente, de manera permanente.

No obstante, estos conceptos y sus elementos antes descritos, se han ido modificando en el tiempo.

La solidaridad entendida como la forma de afrontar determinadas situaciones, hoy, tiene un sentido mucho más amplio. De igual manera las contingencias. Y para

interiores imprenta.indb 302 06/06/2017 06:37:51 a.m.

ello, se hace necesario diseñar o poner en práctica, según sea el caso, nuevas políticas de protección social.

II. LAS SITUACIONES DE NECESIDAD

Las situaciones de necesidad siempre han existido. Desde los tiempos más remotos. Lo que ha ido cambiando son sus formas y las formas de protección social. Sobre todo, en los últimos años. En cuanto al concepto se podría decir que es ahora el estado de necesidad. Supera la contingencia profesional, generada como consecuencia de su trabajo.

Igual sucede con la Seguridad Social, cuyo concepto también se viene ampliando paulatinamente. El sentido de la Asistencia Social o, en general, los programas sociales se han incorporado en muchos países del orbe.

Se ha conceptuado las contingencias sociales como *"los acaecimientos propios de la vida humana, provenientes de cualquier orden causal, que demandan protección y atención inmediata…"* (FAJARDO, 1975: 135). Agrega que significan la pérdida o disminución de ingresos o requieren de sumas de dinero para superarlas adecuadamente.

Como se puede observar en este concepto, se trata de tres elementos, los acontecimientos (causa) de la vida, que deben ser protegidos (prestaciones) y la forma de superarlas (evitar consecuencias). Se entiende que la forma de proteger esa contingencia debe estar a cargo de la Seguridad Social.

Estos acontecimientos pueden generar que la persona se preocupe porque se hagan presente en su vida y que podrían ser la muerte, la enfermedad, la pérdida del empleo, la incapacidad para el trabajo, la vejez, la discapacidad, la dependencia de otros para realizar los actos básicos de la vida, o la pobreza.

La vinculación a contingencias o situaciones de necesidad, propician la relación con el desempeño profesional: la jubilación es el abandono del trabajo de forma definitiva; la incapacidad temporal es la imposibilidad de realizar el trabajo por enfermedad o accidente; el desempleo es la pérdida del trabajo que se venía haciendo; o, el riesgo durante el embarazo, es la incompatibilidad entre este estado y las condiciones de trabajo. Todo ello sin tener en consideración otras situaciones de necesidad no laborales consistentes, esencialmente, en la carencia real y general de recursos para la subsistencia.

Todo lo expuesto no impide la aparición de situaciones de necesidad que son incorporadas en la Seguridad Social basándose, precisamente, en el estado de necesidad y no en la vinculación con el trabajo profesional. Es el caso de las prestaciones por sobrevivencia (salvo que haya sido generada por un accidente de trabajo o enfermedad profesional) en que la situación de necesidad –pérdida de recursos por fallecimiento de jefe de familia– se presenta ante la ausencia de recursos para quienes le sobreviven.

interiores imprenta.indb 303 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Sin embargo, estas situaciones –como vamos a insistir en este trabajo– han dejado de ser individuales para convertirse en situaciones sociales.

Estas situaciones, además, han generado diferencias entre las personas y han propiciado discriminaciones, en cuanto a la forma de protección, pues no todos se encuentran en posibilidad de pertenecer a un sistema o programa de protección social contributivo.

Pero, cuidado, ello no puede llevarnos a ser observado como una red de asistencialismo o paternalismo sino como programas de derechos inherentes de las personas.

III. LA SOLIDARIDAD

1. Solidaridad familiar

En este caso, estamos considerando una forma de unión tácita entre personas ligadas por un aspecto de parentesco. La ayuda del hijo al padre, entre los hermanos o hacia otro familiar, en tanto se pudiera presentar alguna situación de necesidad.

Es el sentido de la solidaridad básico, sin condicionamientos y con tres elementos: la vinculación familiar o parentesco, la sujeción a alguna necesidad (generalmente el desamparo) y la no existencia de una contraprestación. El elemento común –vínculo familiar– da lugar a esta ayuda mutua que, incluso, debe ser considerada como un deber. Es conveniente aclarar que este tipo de solidaridad puede ser carácter económico –si es que existe esa posibilidad– pero también de ayuda personal, de cuidado o asistencia personal.

Las nuevas formas de comunidad familiar de los últimos tiempos (menos integrantes, lejanías, menos unión) y los cambios en la forma de vida, hacen, cada vez, más difícil el sostenimiento de esta forma de solidaridad.

Precisamente, la solidaridad familiar expresada a través de ayuda económica, también se hace difícil de asumir cuando los demás integrantes del entorno familiar, se hallan en situaciones similares, convirtiéndola, por tanto, en una de limitada acción. Solidaridad versus capacidad económica.

Aun así, este tipo de solidaridad se debe mantener en forma de ayuda o de servicios (por ejemplo, el cuidado de ancianos) como responsabilidad o deber familiar que cubran las limitaciones económicas que se puedan presentar. Y de ser el caso, asumidos por un sistema de protección social, como ayuda complementaria a la del sistema al que pudiera pertenecer.

2. Solidaridad profesional o laboral

Esta solidaridad está referida a la unión entre trabajadores para afrontar algunas situaciones. Es el caso de los seguros sociales, en los que los trabajadores aportan para asumir una determinada contingencia.

interiores imprenta.indb 304 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Y como antecedente se puede citar a las Mutualidades, como grupo humano que realiza una determinada actividad también para asumir alguna contingencia que pudiera ocurrir a alguno de sus integrantes. Esta forma de protección mutua proviene, en nuestro país, desde los últimos años del Virreynato o inicios de la República. Incluso, algunas de ellas se mantienen pero ya no con ese objetivo sino más para realización de actividades sociales u otras. Se entiende que la aparición de los seguros sociales (1936, en nuestro país), con mayor amplitud de cobertura, redujo la importancia de la solidaridad expresada en Mutualidades.

En el libro *Juntos, Rituales, Placeres y Política de Cooperación,* de Richard Sennett (SENNETT, 2012) y recomendado para su lectura por el Maestro mexicano Martín Gómez, se analiza una foto (portada y p. 95) en la que determinados trabajadores están construyendo una escalera y nos hace ver que cada uno se encuentra concentrado en su labor propia, individual, pero relacionados entre sí.

A través de ella se puede determinar la individualidad de los trabajos pero, a la vez, la necesidad de agruparse para ayudarse mutuamente en una actividad laboral. Se trata de una comprensión mutua no expresada gráficamente, pero necesaria. Entenderse tácitamente entre sí.

Como señala Sennett, *"en ella cada uno exhibe una habilidad diferente, aunque relacionada con las de los demás, y todos, aunque absortos en su propio trabajo, son conscientes de los otros"* (SENNETT, 2012; 94)

Agrega que si bien no se notan expresiones en sus rostros, se percibe un "respeto mutuo". Es el sentido de la solidaridad entre las personas.

Esta solidaridad profesional o laboral se entiende como el punto importante para la vigencia de los Seguros Sociales –contributivos– en el que todos aportan para que algunos de ellos afronten determinadas contingencias. O, en la solidaridad intergeneracional, "donde aquellos que tienen la capacidad física para generar economía aportan parte de la misma en auxilio de aquellos que, por haber alcanzado la vejez, la han perdido" (MARASCO y FERNÁNDEZ: 2009; 67).

interiores imprenta.indb 305 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Claro que existe la solidaridad en negativo o perjudicial como la concertación de precios para ganar más, que se produce entre algunas empresas o el "espíritu de cuerpo" entre integrantes de un mismo gremio en el que se defienden contra posibles críticas debidamente contra alguno de sus integrantes.

Pero, volviendo a la solidaridad profesional, correctamente entendida, estamos frente a un verdadero valor pero con alguna lamentable limitación al sentido amplio de la solidaridad. Hoy, en día, es una limitación a un concepto mucho más amplio de la situación de necesidad, colectiva, producto de algunos sistemas contributivos que anteponen este requisito y excluye a quienes no tienen esa calidad frente al hecho de tratar de solucionar o amenguar ese estado de necesidad. Incluso en algunos sistemas la exclusión llega a los trabajadores independientes o por cuenta propia, es decir a los trabajadores que si bien realizan una actividad profesional, lo hacen sin relación de dependencia laboral. Para ello, aplica la voluntariedad de pertenecer –y aportar– a un sistema contributivo.

Y aun así, podría existir la posibilidad –recuérdese el régimen de prestaciones de salud del Seguro Social de Salud, EsSalud– de un trato diferenciado, en el que un trabajador independiente accede a la mayoría de las prestaciones pero bajo determinadas condiciones.

Al margen de la pertenencia –obligatoria– a un sistema contributivo en base a su ejercicio laboral, muchos sistemas le agregan otro requisito, relacionado con el aporte –efectivo, en algunos casos– y previo a la adquisición y ejercicio de un derecho. Volvamos a la legislación peruana. Hubo una posibilidad en el Sistema Nacional de Pensiones (público) de obligar al pago efectivo del aporte de un determinado período, previo a la adquisición del derecho a la pensión de jubilación, no obstante, ha prevalecido el criterio de no solicitarlo, entendiendo, que la obligación de hacer el depósito del aporte es propia del empleador y no del trabajador. Y en el sistema de Salud, EsSalud, tampoco se exige el cumplimiento efectivo y previo del aporte para la obtención y ejercicio de un derecho a la atención médica (para tener derecho a la atención médica es necesario acreditar tres aportaciones consecutivas o cuatro no consecutivas en los seis meses antes de solicitar dicha atención). En ambos, el incumplimiento del pago efectivo no afecta el derecho del asegurado.

La situación, en materia de prestaciones de salud en nuestro país, se convierte así, en el cumplimiento de tres requisitos: 1) estar en situación de trabajo profesional, con relación de dependencia laboral; 2) haberse encontrado en situación de ser obligado a aportar (aunque no se haya efectivo dicho aporte); y, 3) haberlo hecho en un período previo al ejercicio de ese derecho. Todo ello, ante una situación de necesidad que requiere atención médica.

Y, además, por supuesto, de algunos factores limitantes que no permiten actualmente la incorporación de más trabajadores a este modelo contributivo. Los trabajadores informales, por ejemplo, se encuentran al margen del modelo, con sus consecuentes condiciones laborales precarias y falta de protección social. El porcentaje es importante respecto de la población, en general y de la población

interiores imprenta.indb 306 06/06/2017 06:37:51 a.m.

económicamente activa, 73,2 de la población de ocupada (Cuenta Satélite de la Economía Informal en el Perú, Instituto Nacional de Estadística e Informática, INEI[2])

Como se indica anteriormente, esta solidaridad se inicia en el mutualismo o la mutualidad que se generó a partir del siglo XIX en el mundo y en su mayor parte organizada "clandestinamente" por los obreros y artesanos, pero con algunas limitaciones en cuanto a sus bajos recursos y a su voluntariedad (RENDÓN VÁSQUEZ, 2008; p.26).

En nuestro país, tomaron el nombre de sociedades de auxilios mutuos o mutualidades, se formaron a finales del Virreynato o inicios de la República por trabajadores artesanos, sastres, estibadores, etc. en Lima, Callao y algunas ciudades de provincias. Con el tiempo, la mayoría ha dejado de lado sus objetivos de protección mutua frente a las contingencias de sus asociados y se han convertido en instituciones sociales y culturales.

3. Solidaridad social

Tiene un concepto más amplio que la solidaridad familiar y profesional. Ha quedado claro que la Solidaridad profesional o laboral tiene sus limitaciones en cuanto a su cobertura horizontal y vertical, y en tanto se trata de una pertenencia a un sistema de protección social.

En tal sentido, la solidaridad social no tiene esa limitación y significa, en primer lugar, asumir el problema de los demás de modo desinteresado y, segundo, contribuir a su solución de modo genérico colectivo y como un deber moral. Está, obviamente, más allá de la solidaridad familiar y profesional. Está dirigida a cubrir a todos los integrantes de una sociedad, sin distinción alguna.

Sin embargo, tampoco se piense en una forma de caridad o de limosna (formas también positivas de cubrir situaciones de necesidad), sino como una forma que gira alrededor de un aspecto esencial: el derecho humano al que la sociedad deba comprender y al deber moral de tratar de afrontarlo.

Es una forma de "ponerse en el zapato de los demás", de asumir que, en general, todos vivimos en comunidad y todos estamos vinculados, de una u otra manera. No se vive individualmente y al margen de los demás. Por tanto, las necesidades, si bien son diferentes, deben considerase como un conjunto al que todos debemos contribuir, de acuerdo a nuestras posibilidades, obviamente.

Para ello es necesario comprender de una manera diferente esos conceptos de situación de necesidad y el rol del Estado.

(2) www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/economia_informal_peru.pdf

interiores imprenta.indb 307 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Lo contrario a ello es el asumir un Estado al margen de la protección social, sin participación directa y la consideración de la responsabilidad personal o individual para cubrir sus propias necesidades. Y, en el caso de las personas, de extraerse de la vinculación con los demás ante su estado de necesidad.

IV. LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La OIT, señala: *"A nuestro juicio, la seguridad social tiene objetivos más vastos que los de prevenir o aliviar la pobreza. Constituye la respuesta a una aspiración de seguridad en su sentido más amplio… Para ello no sólo es menester satisfacer las necesidades a medida que aparecen, sino igualmente comenzar por prevenir los riesgos, y también ayudar a los individuos y a las familias a adaptarse de la mejor manera a toda incapacidad o situación desventajosa que no se previno o no habría podido prevenirse"* (OIT, 1994; 22)

El principio de la solidaridad dentro de la Seguridad Social, y así concebido, está ligado a un sistema contributivo profesional o de los trabajadores formales, es decir a los seguros sociales, pero con aspiración de llegar a la Seguridad Social, esto es, a la cobertura universal.

Como indica el Maestro mexicano Martín Gómez *"Desde una perspectiva general, los sistemas de Seguridad Social pueden definirse como una forma colectiva de protección frente a situaciones sociales de necesidad. Ya sean estas necesidades de naturaleza prestacional (la ausencia o el deterioro de la salud, las situaciones de fragilidad, de marginación o de exclusión social que requieren esencialmente prestaciones de servicios, técnicas o personales) como económicas (empobrecimiento, insuficiencia, falta o carencia total de recursos básicos para la subsistencia y para afrontar las cargas familiares, que se atienden fundamentalmente con prestaciones económicas)."* (GÓMEZ, 2016)

En términos simples es el hecho de que todos aportamos para que se beneficien quienes lo requieren. O la solidaridad intergeneracional en que los jóvenes financian las pensiones de los mayores o de los trabajadores que financian las pensiones de quienes ya obtuvieron su derecho, etc.

Como lo señala Martín Gómez respecto de nuevas situaciones *"…los sistemas profesionales de protección han acabado revitalizando (si es que los abandonaron en algún momento) principios característicos de otras formas de previsión como es, especialmente, la del aseguramiento privado y que están alejadas de toda idea de solidaridad."* Y añade, respecto de los sistema privados, que responden "*a un principio de responsabilidad y de previsión individual que supone la opción de reservar una parte libremente decidida de los ingresos mediante el ahorro para financiar una protección que será exclusivamente individual con independencia de la función que el aseguramiento cumple en cuanto a la dispersión del riesgo en colectividades amplias…"* (GÓMEZ, 2016)

interiores imprenta.indb 308 06/06/2017 06:37:51 a.m.

Y en efecto, estos sistemas privados se basan, principalmente, en decisiones personales que, incluso y en muchos casos, son limitadas por el ahorro insuficiente como para obtener una prestación adecuada, como se está observando en algunos países.

En el caso peruano, esta situación se ha agravado recientemente, cuando se ha promulgado la Ley para la devolución de aportes en el Sistema Privado de Pensiones, lo cual deja sin pensión a las personas que, en decisión personal, se acojan a esta disposición legal.

V. LA SOLIDARIDAD SOCIAL COMO ELEMENTO INHERENTE A LA PERSONA HUMANA

Y, más adelante, el propio Maestro Gómez se refiere a las convicciones en que se basa la solidaridad social como el hecho de que todas persona son iguales; que el riesgo *"no es consecuencia de la falta de diligencia, de la ausencia de previsión y del escaso esfuerzo individual (es decir, no son consecuencia de la irresponsabilidad personal), sino de circunstancias que, al ser sociales, generan riesgos, imprevisibles y aleatorios, en los que además el sujeto no tienen ninguna capacidad de influir"*; y, que la identificación de los riesgos como sociales, genera en los poderes públicos el deber y la garantía de protegerlos.

Es decir, el riesgo es un aspecto que no ha sido generado por el propio individuo, es la sociedad (el país) el que no le ha dado las oportunidades suficientes para poder asumir retos frente a la vida. O, más aún, ha generado desigualdades –es necesario reconocer la existencia de las desigualdades sociales– y hasta exclusiones, que afectan a un buen grupo social del país, producto de la situación de modernización que se viene imponiendo.

El principio de subsidiariedad en materia económica y, específicamente, el pensamiento liberal moderno, es analizado por Baldo Kresalja quien indica que, en la concepción del mercado, el ser humano se define como "competidor y sólo rige la ley del interés propio y del triunfo en la competencia, lo que lleva necesariamente a una brecha entre vencedores y perdedores y dificulta la superación de la pobreza" (KRESALJA, 2010; 164). Agrega que muchas de estas medidas han llevado a la "*realización personal pero también ha impedido que los recursos lleguen a todos, "de tal manera que ha expandido la desigualdad".*

Por tanto, si la contingencia o el riesgo es social, la solución tiene que ser, igualmente, social. Es decir, la sociedad en su conjunto tiene que asumir las políticas de protección hacia estas personas que no han buscado esa situación.

Y en este sentido es que se viene transformando los conceptos de riesgo, contingencia o necesidad social, lo cual conlleva también las modificaciones de conceptos relacionados como la protección, Seguridad Social o, protección social, en general. Ya no se trata sólo de la protección dirigida exclusivamente al trabajador –propia de los seguros sociales– sino a la persona humana.

interiores imprenta.indb 309 06/06/2017 06:37:52 a.m.

Algo más, la forma de asumirla. Gómez considera también, acertadamente, que no se trata de que las formas de protección se basen en los deberes morales (caridad o ayuda desinteresada) sino de enfocarlas como un derecho fundamental de la persona humana.

Y, en efecto, se trata de una persona que no requiere ayuda limitada o por deber moral sino de la obtención tácita de un derecho social de la persona humana dentro de una comunidad. La comunidad se encuentra en el deber de protegerlo (responsabilidad social) y la persona en el derecho de sentirse protegido, lo cual tampoco puede ser visto como un paternalismo.

En ningún caso se refiere a negar la importancia de la protección basada en un Sistema de Seguridad Social (contributivo), sea colectivo o individual, sino de complementarlo y articularlo con las demás formas (Asistencia Social, por ejemplo), dirigiéndose a quienes no tuvieron esa oportunidad de lograr la Seguridad Social. La interrelación entre todas las formas dará lugar a una verdadera y completa protección social.

La Asistencia Social, en Europa, viene constituyéndose como un sistema de protección basado en atender necesidades sociales no incluidas en los sistemas de seguridad social y a todos los ciudadanos de un país.

Recuérdese que en nuestra Constitución Política, se establece *que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."* (Artículo 1) y, además, que toda persona tiene derecho: *"1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar."* (Artículo 2) Todo ello significa el deber del Estado frente a la persona humana y el derecho de ésta de lograr su bienestar.

Se pueden incluir en este campo a los programas Juntos, Pensión 65 y el servicio gratuito del Sistema Integral de Salud. Todos ellos, aunque insuficientes y desarticulados dentro de un verdadero sistema de protección social, están dirigidos a las personas no consideradas dentro de los sistemas contributivos.

El Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado respecto del tema de la solidaridad, en varias sentencias. Una de ellas es la sentencia recaída en el Exp. Nº 2945-2003-AA/TC. En el fundamento 16 indica que

> "Es indubitable que en cualquier forma de vida comunitaria se hace necesario que esta se instaure y organice en relación con un fin compartido y cuyos logros, de alguna manera, alcancen a todos los que la conforman…"
>
> Y relaciona la vida con la solidaridad:
>
> "toda persona o grupo intermedio tenga que regir sus relaciones coexistenciales bajo el principio de solidaridad."

interiores imprenta.indb 310 06/06/2017 06:37:52 a.m.

Agrega que la solidaridad es algo que impulsa "a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial."

Y en el fundamento 23 señala que

> "la moderna concepción de los derechos sociales implica que no solo constituyan obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a denominarlos deberes de solidaridad."(3)

La solidaridad en su dimensión social y moral (MARASCO y FERNÁNDEZ, 2009; 59)

Las ideas diferentes sobre solidaridad llevan a reflexionar en torno a la idea de que el dinero es producto del propio esfuerzo y cada uno debe asumir sus propias "responsabilidades" frente a sus propias situaciones o riesgos.

VI. CONCLUSIONES

No es que el concepto de solidaridad se esté dejando sin efecto para la Seguridad Social, al contrario, se ha ampliado, debido a los cambios que se vienen produciendo en el mundo y que han generado situaciones diferentes frente a los modelos de protección social.

El propio modelo de protección social está obligando a los Estados a asumirlos con mayor realismo y de una manera más amplia. Los sistemas contributivos están requiriendo de complementos para los propios afiliados de tales sistemas y de quienes no están considerados en ellos, puesto que se vienen generando nuevas necesidades sociales que requieren de una solución también colectiva.

Todas las formas de solidaridad (familiar, profesional o social) son importantes, pero las dos primeras se ven limitadas en su cobertura, por razones propias. En cambio la solidaridad social tiene un amplio ámbito de aplicación y permite que llegue no sólo a los asegurados de los sistemas contributivos sino a otros que no se basan necesariamente en el aporte específico a un sistema.

Es donde ingresan otras modalidades de asistencia social con llegada a quienes no pertenecen a los sistemas contributivos y que, en nuestro país, serían los programas Juntos, Pensión 65 y, eventualmente, el Sistema Integral de Salud (SIS). Aunque insuficientes en su extensión horizontal y vertical, el Estado debe asumirlo como un deber, pues se está tratando de cubrir estados de necesidad no generados por ellos mismos sino por los propios Estados, por la falta de oportunidades y desigualdades (educativas y económicas, principalmente) imperantes, de tal manera que, al margen de reducir esas desigualdades por otros medios (económicos, generalmente), se hace imprescindible continuar y mejorar esos programas.

(3) www.tc.gob.pe/jurisprudencia_sistematizada/fichas/02945-2003-AA.pdf

interiores imprenta.indb 311 06/06/2017 06:37:52 a.m.

Y si el Estado debe asumirlo como un deber, su acción no debe tener las características de caridad o paternalismo sino de un derecho humano fundamental de toda persona a tener una vida digna. Derecho de la persona, deber del Estado.

Finalmente, es necesario considerar todo este nuevo esquema con un todo, como un conjunto de acciones interrelacionadas –entre todos los sistemas vigentes, generales, especiales, complementarios, no contributivos–, pero debidamente coordinadas para evitar duplicidad en la acción, determinación exacta de los estados de necesidad, identificación de las personas, etc. Todo ello es labor del Estado quien tiene que volver a asumir su rol protagónico en la protección social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

FAJARDO CRIVILLERO Martín (1975), Derecho de la Seguridad Social. Lima, 1975.

GESTIÓN diario (2016) Empleo informal creció en 14 regiones del Perú entre los años 2012 y 2015, edición del miércoles 7 de diciembre de 2016.

GÓMEZ Martín (2016) Separata del Master Estudios avanzados de la Seguridad Social, México, CIESS, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, 2016

KRESALJA Rosselló Baldo (2010) El principio de subsidiariedad en materia económica, Análisis de las constituciones de 1979 y 1993. Editorial Palestra. Lima. Diciembre de 2010.

MARASCO Nora Inés, FERNÁNDEZ PASTOR Miguel Ángel (2009) La solidaridad en la Seguridad Social, hacia una ciudadanía social, Breviarios de Seguridad Social. Centro Interamericano de Estudios de la Seguridad Social, CIESS, México. 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT (1984) La Seguridad Social en la Perspectiva del Año 2000. Primera edición, Ginebra. 1984

RENDÓN VÁSQUEZ Jorge (2008) Derecho de la Seguridad Social. Editora Jurídica Grijley, Lima. 2008.

SENNETT Richard, (2012) Juntos, Rituales, placeres y política de cooperación, Editorial Anagrama, Colección Argumentos. Primera edición. Barcelona. 2012.

- **Página web**

Tribunal Constitucional del Perú

http://www.tc.gob.pe/tc/

Instituto Nacional de Estadística e Informática

www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/economia_informal_peru.pdf

interiores imprenta.indb 312 06/06/2017 06:37:52 a.m.